

(١٤٣٦)

سبب الضمان

مسائل وأحكام

من مصنفات الفقه وأصوله

د/ يوسف بن حمود الحوشان

١٤٤٦هـ

نسخة أولية من غير ترتيب او مراجعة

ومتاح لكل أحد الاستفادة منها

بسم الله الرحمن الرحيم

الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله اما بعد

فهذه نصوص جمعت باستخدام برنامج شاملة وورد من برمجيات الدكتور سعود العقيل بواسطة المكتبة الشاملة

معتمدة على توظيف الكلمة المفتاحية وتوفير النصوص للباحثين لتحريرها والاستفادة منها وهي مشاعة لمن يستفيد منها

وسيتبعها نصوص أخرى يسر الله نشرها والله الموفق

يوسف بن حمود الحوشان

yhoshan@gmail.com

تليجرام https://t.me/dralhoshan

"التعدي والاستحقاق

٣٩٣. كل إفساد يسير ففيه ما نقص بعد الرفو أو التشعيب.

٣٩٤. كل إفساد كثير ففيه ما شاء من القيمة والنقص.

٣٩٥. كل ما لك أن تفعله لم تضمن ما عطب به، وبالعكس.

٣٩٦. كل ما لا إجارة فيه كمناولة القدح والنعل فلا ضمان على من استعمل فيه صبيا أو عبدا فأصيب منه، وبالعكس.

٣٩٧. كل ما أصابت الدابة بمقدمها خاصة فعلى محركها، ويضمن المتعدي بها مطلقا، ويهدر فعلها.

٣٩٨. كل ما أفسدته البهائم بالنهار فمن أربابها ما لم يكن تعد، وبالليل على أربابها على الرجاء والخوف.

٣٩٩. كل آدمي فإتلافه **سبب للضمان** إلا أهل التأويل من البغاة والحكام.

٤٠٠. كل ما استغل الغاصب أداه وكراء المثل فيما حابى به أو استعمل بخلاف ما عطل.

٤٠١. كل ما سوى الغاصب فلا يرد الغلة.

٤٠٢. كل واحد من اللصوص ونحوهم ضامن لما أتلفه جميعهم

٤٠٣. كل ما يحصل الهلاك معه فإما أن يحصل به وهو العلة أو لا بـه وهو السبب، والعلة مقدمة إلا أن يقوى السبب فيقدم أو يستويان فيعتبران.

٤٠٤. كل ما لا يكال ولا يوزن فهو مضمون بالقيمة إلا الصياغة والبناء على رأي والقبر إن دفن فيه فبالمثل كالمثليات، وقد تقدم الرفض.

٤٠٥.." (١)

"الجوهر والعروض ولا أصول الأملاك ولا الخيل والعبيد ولا العسل واللبن ولا غير ذلك إلا أن يكون للتجارة وأوجبها أبو حنيفة في الخيل السائمة للتناسل وأوجبها الظاهرية في العسل (الشرط الرابع) كونه نصابا أو قيمة نصاب (الشرط الخامس) حلول الحول في العين والطيب في الحرث ومجيء الساعي مع الحول في الماشية (الشرط السادس) عدم الدين يشترط في زكاة العين خاصة فإن كانت له عروض تفي بدينه لم تسقط الزكاة عنه وقيل تسقط وفرق ابن القاسم بين الدين من الزكاة مع العروض وبين غيره وقال أبو حنيفة يمنع الدين زكاة ما عدا الحرث وقال قوم يمنع مطلقا وعكس قوم

---

(١) الكليات الفقهية للمقري، ص/٥٠

الباب الثاني في خصال الزكاة

شروط صحة خصال الزكاة ثلاثة (الشرط الأول) النية على خلاف في المذهب ينبني عليه هل تجزي من دعفها كرها أم لا والصحيح أنها تجزيه كالصبي والمجنون (الثاني) إخراجها بعد وجوبها بالحول أو الطيب أو مجيء الساعي فإن أخرجها قبل وقتها لم تجزه خلافا لهم وقيل تجزيه إذا قدمها بيسير وقد اختلف في حده من يوم أو يومين إلى شهر وتأخيرها بعد وقتها مع التمكن من إخراجها **سبب للضمان** والعصيان (الثالث) دفعها لمن يستحقها وممنوعاتها ثلاثة أن تبطل بالمن والأذى وأن يشتري الرجل صدقته وأن يحشر المصدق الناس إليها بل يزكيهم بمواضعهم آدابها ستة أن يخرجها طيبة بها نفسه وأن تكون من أطيب كسبه ومن خياره ويسترها عن أعين الناس وقيل الإظهار في الفرائض أفضل وأن يجعل من يتولاها خوف الثناء وأن يدعو قابضها لدافعها وأوجب ذلك الظاهرية والله أعلم بالصواب

الباب الثالث في زكاة العين." (١)

" ومنها الأجير كالراعي وغيره فيكون النماء في يده أمانة كأصله ولا يلزمه رعي سخال الغنم المعينة في عقد الرعي لأنها غير داخلة فيه بخلاف ما إذا كان الاستئجار على رعي غير معينة فإن عليه رعي سخالها لأن عليه أن يرعى ما جرى العرف به مع الإطلاق ذكره القاضي في المجرد ومنها المستأجر يكون النماء في يده أمانة كأصله وليس له الانتفاع به لأنه غير داخل في العقد وهل له إمساكه بغير استئذان مالكه تبعا لأصله جعلا للإذن في إمساك أصله إذنا في إمساك نمائه أم لا كمن أطارت الريح إلى داره ثوب غيره خرجه القاضي وابن عقيل على وجهين ومنها الوديعة هل يكون نماؤها وديعة وأمانة محضة كالثوب المطار إلى داره على وجهين أيضا ومنها العارية لا يرد عقد الإعارة على ولدها فليس للمستعير الانتفاع به وهل هو مضمون كأصله أم لا على وجهين ذكرهما القاضي وابن عقيل في باب الرهن أحدهما هو مضمون لأنه تابع لأصله و الثاني ليس بمضمون لأن أصله إنما ضمن لإمساكه للانتفاع به في باب الرهن والنماء ممسوك لحفظه على المالك فيكون أمانة وقالا في كتاب الغصب إن في ولد العارية وجها واحدا ومنها المقبوضة على وجه السوم إذا ولدت في يد القابض قال القاضي وابن عقيل حكمه حكم أصله إن قلنا هو مضمون فالولد مضمون وإلا فلا يمكن أن يخرج فيه وجه آخر أنه ليس بمضمون كولد العارية لأن أمه إنما ضمنت لقبضها **بسبب الضمان** والتمليك والولد ولم يحصل قبضه على هذا الوجه فهو كالثوب المطار بالريح إلى ملكه ومنها المقبوض بعقد فاسد وفي ضمان زيادته وجهان ووجه القاضي سقوط الضمان بأنه إنما دخل

---

(١) القوانين الفقهية ـ لابن جزى، ص/١٠٦

على ضمان العين دون نمائها وهو منتقض بتضمينه الأجرة ومنها الشاهدة والضامنة والكفيلة لا يتعلق بأولادهن شيء من هذه الأحكام لأن هذه حقوق متعلقة بالذمة لا بالعين فهي كسائر عقود المداينات ذكره القاضي في المجرد وابن عقيل واختار القاضي في خلافه أن ولد الضامنة يتبعها ويباع معها كولد المرهونة بناء على أن دين المأذون له يتعلق برقبته وضعفه ابن عقيل في نظرياته لأن التعلق بالرقبة

". (١)

" أما إذا كانت واردة على سبيل الاستثناء فإنه لا يقدح على المختار خلافا لبعض المانعين من جواز تخصيص العلة سواء كانت العلة معلومة كمسألة الصاع في المصراة أو مظنونة كمسألة العرايا وهي بيع الرطب على رؤوس النخل بالتمر والعنب في الكرم بالزبيب فإنها واردة نقضا على تحريم الربا لأن العلة في تحريمه إما الطعم أو الكيل أو الفوت أو المال وكل منها موجود في العرايا وإنما لا يقدح ذلك في العلة لأنه إنما يعلم كونه ورد على سبيل الاستثناء إذا كان النقص لازما على جميع المذاهب كما ذكرناه في مسألة العرايا

وحينئذ يكون معارضا للإجماع فإنه منعقد على أن علة الربا أحد الأمور الأربعة والإجماع أقوى في الدلالة منه فيقدم عليه ويعمل بمقتضاه واعلم أن الإمام مثل الوارد على سبيل الاستثناء في المظنونة بمسألة العرايا وفي المعلومة بضرب الدية على العاقلة فإنها لا تنقض علمنا بأن من لم ينقدح على الجنابة لم يؤاخذ بضمانها

وقد سبق الإمام بهذا المثال إمام الحرمين وغيره واعترض على التمثيل به بأنه عكس النقص لأنه أبدا الحكم بدون القلة وذلك أن الجنابة سبب لوجوب الضمان وهنا وجب بدون الجناية وهو اعتراض غير منقدح لأن تقرير التمثيل ذلك أن يقال الجناية **سبب الضمان**

وقد تخلف الحكم في القاتل عمدا أو عمد خطأ مع وجود العلة وإن قرر على الوجه المذكور كان بمعنى أن يقول عدم الجناية سبب لعدم الضمان

وقد وجب هذا السبب في العاقلة مع تخلف عدم الضمان والمصنف اقتصر على التمثيل بمسألة العرايا لأنها واردة نقضا على علة مظنونة فإذا لم يقدح فيها لم يقدح في المعلومة بطريق الأولى وفي التمثيل بمسألة العرايا دقيقة أخرى وهي الإشارة إلى أن ما ورد مستثنى جاز أن يكون معقول المعنى كمسألة العرايا

---

(١) القواعد لابن رجب، ص/١٨٨

فإنها استثنيت رخصة وتسهيلا على المعسرين ولذلك يختص بها الفقراء على أحد قولين وهذا ما عليه الجمهور وأعني أن المستثنى يجوز أن يعقل له معنى وأن لا يعقل ." (١)

"الأشباه والنظائر

كتاب العموم والخصوص

هذا سكوت عن حلف على أمر غيب لا على حكم شرعي ، ولعل مسألة السكوت والتقرير مختصة بالأحكام الشرعية لا الأمور الغيبة التي قد يكون طلب الجهل بها واقعا ؛ فليتأمل ذلك والله أعلم.

تنبيه [سادس]١ :

قدمنا لك ما يعرفك أن قولنا : "القول مقدم على الفعل" معناه عند التعارض في حكم ما دل على حكمه قول وفعل متعارضان مطلقا. [ولا]٢ ينقض بقوة الفعل على القول في أمور آخر لمأخذ آخر ؛ ألا ترى إلى قولنا "نقل الركن الفعلي في الصلاة مبطل ، وفي القول خلاف" وما ذاك إلا لأن الفعل أفحش ؛ فليس ذلك من قبيل ما نحن فيه بل الفعل هناك أشد ؛ فلذلك يجعل أصلا للقول.

ويقول الأصحاب في نظائره مسألة نقل الركن الفعلي والقولي : "هل يلحق القولي بالفعلي أو لا ؟ فيه خلاف يظهر في مسائل. منها مسألة نقل الركن هذه.

ومنها : إذا قال : هذه الدار لزيد بل لعمرو أو غصبتها من زيد بل من عمرو [و]٣ سلمت لزيد ، وأظهر القولين أن المقر يغرم قيمتها لعمرو ؛ لأنه حال بينه وبين داره بإقراره الأول والحيلولة **سبب الضمان** كالإتلاف إلحاقا للحيلولة التقولية بالحيلولة الفعلية.

ويعبر بعضهم عن القولين بأن الحيلولة القولية هي كالحيلولة الفعلية.

ولقائل أن يقول : القول ما حال وإنما كان سببا للحيولة ؛ بل قد يقال : لم يكن شيء في يد عمرو حتى تصدق الحيلولة ؛ فإن المقر به في يد المقر ولم يصدر منه غير إقرار ثان لعمرو يقتضي أنه كان يستحق قبض ما أقر به لغيره ؛ فينزل اعترافه بهذا الاستحقاق منزلة تسمليه العين له ثم انتزاعه إياها من يده.

وقد نبه على نحو هذا الوالد في "شرح المنهاج" في باب الإقرار.

ومنها : الخلاف فيما إذا رفعت صوتها في الصلاة ؛ بحيث يسمعها الرجال هل تبطل صلاتها لأن صوتها عورة قولية على رأي ؛ ففي إلحاقها بالعورة الفعلية الخلاف.

ومنه١ : شهود المال إذا رجعوا ؛ فالأصح يغرمون ، تنزيلا لحالتهم القولية منزلة الغصب الذي هو حالة

---

(١) الإبهاج، ٣/٩٥

فعلية.

---

١ سقط في "ب".

٢ في "ب" فلا.

٣ سقط في "ب".

صفحة : ١٦١ | ٣٩٩." (١)

"ومنهم من جعله مندوبا لمواظبة الرسول صلى الله عليه وسلم عليه، ولا يمكن أن يواظب إلا على الأفضل. يقول تاج الدين السبكي : « واعلم أن الإيجاب والندب واستواء الطرفين أو رجحان أحدهما أمر زائد على معنى الرخصة؛ لأن معناها التيسير، وذلك بحصول الجواز للفعل أو الترك، يرخص في الحرام بالإذن في فعله، وفي الواجب بالإذن في تركه، وأدلة الوجوب والندب وغيرها تؤخذ من أدلة أخرى » (١).

الفرق بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي

أنكر بعض الأصوليين تقسيم الحكم الشرعي إلى تكليفي ووضعي، وجعلوا ما يسميه الجمهور أحكاما وضعية من السبب والشرط وما ذكر معهما، راجعا إلى الأحكام التكليفية أو التخيير، وقالوا إنها ليست أحكاما بل هي إعلام بالحكم، فالسبب : علامة على الحكم، وكذلك الشرط والمانع علامة على تخلف الحكم، والصحة راجعة إلى إباحة الانتفاع إذا كانت في العقود، والفساد يعني تحريم الانتفاع.

وأما في العبادة فالصحة كون الفعل موافقا للمشروع، والفساد عكسه، وهذا حكم عقلي لا شرعي؛ لأنه يدرك بالعقل.

والصحيح : أنها أحكام شرعية، ولا يصدق عليها اسم شيء من الأحكام الخمسة المتقدمة، ولا بد لها من تسمية فاصطلح على تسميتها بالأحكام الوضعية؛ لأن الشرع هو الذي جعل السبب سببا والشرط شرطا والمانع مانعا الخ.

وإذا تقرر ذلك فهناك فروق بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي، تتلخص فيما يلي :

١...أن الحكم التكليفي لا يوصف به إلا فعل المكلف، وهو البالغ العاقل، أما الحكم الوضعي فلا يختلف باختلاف الفاعل، فمن فعل ما هو **سبب للضمان** ألزم به، سواء أكان بالغا عاقلا أم لا، فالصبي إذا أتلف شيئا لغيره انعقد **سبب الضمان**.

---

(١) الأشباه والنظائر ـ السبكى، ١٦٣/٢

(١) الإبهاج ١/ ٨٢ .." (١)

"٢...أن الحكم التكليفي من شرطه العلم، فالجاهل به لا يثبت في حقه تكليف، والحكم الوضعي لا يشترط العلم به، فمن فعل المحرم جاهلا بتحريمه فلا يؤثم بل يعذر، ولكن من فعل سببا من أسباب الضمان لزمه وإن لم يعلم بكونه سببا للضمان، فلو منع فضل طعامه مضطرا حتى مات ضمنه، سواء أعلم بأن ذلك سبب للضمان أم لا. ولكن في العقوبات البدنية كالحدود لا يلزمه الحد إذا كان جاهلا بالتحريم، فمن سرق وادعى عدم علمه بحرمة السرقة، وأمكن تصديقه لكونه حديث عهد بالإسلام مثلا، فلا تجعل السرقة سببا في إقامة الحد عليه؛ لأن وجوب الحد تابع للتحريم، والتحريم حكم تكليفي لا يثبت مع الجهل.

...وأما في ضمان المتلفات فإن الضمان ليس تابعا للتحريم بدليل أنه إذا اضطر يباح له الأكل من مال غيره وعليه ضمانه، ولذا قالوا : « الاضطرار لا يبطل حق الغير ».

...ومما يزيد الأمر وضوحا أن المرأة يقع عليها الطلاق علمت به أولا، ولكن لو تكلم الزوج بلفظ الطلاق من غير أن يعرف معناه فلا يقع، وكذلك لو تكلم بلفظ الهبة أو البيع دون علم بمعناه، لعدم القصد.

٣...أن خطاب التكليف يشترط فيه قدرة المكلف على فعل ما كلف به؛ لقوله تعالى : ﴿ ﴾ [البقرة ٢٨٦]، وقوله : ﴿ ﴾ [الحج ٧٨]. وأما خطاب الوضع فليس من شرطه ذلك ولهذا فإن كثيرا من الأسباب لا قدرة للمكلف على إيجادها أو منعها ولا يمنع ذلك من كونها أسبابا، مثل دخول شهر رمضان سبب لوجوب الصوم مع كون السبب المذكور ليس في مقدور المكلف منعه ولا إيجاده. وموت المورث سبب للإرث وليس هو من فعل الوارث ولا داخلا تحت قدرته. وكذلك الشأن في الموانع تمنع الحكم وإن كانت ليست من فعل الإنسان الذي له علاقة بذلك الحكم، فوجود الجمع من الإخوة يمنع الأم من إرث الثلث وليس لها مدخل فيه ولا تستطيع منعه ولا إيجاده.." (٢)

"عندنا يثبت من وقت الغصب ولهذا نفذ بيع الغاصب وسلم الكسب له قال المصنف "والمختار: الغصب عند الفوات سبب الضمان مقصودا جبرا" للفائت رعاية للعدل "فاستدعى" كونه سبب الضمان "تقدم الملك فكان" الغصب "سببا له" أي الملك "غير مقصود بل بواسطة سببيته" أي الغصب "لمستدعيه" أي الملك وهو الضمان "وهذا قولهم" أي الحنفية "في الفقه: هو" أي الغصب "بعرضية أن يصير سببا"

---

(١) أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، ص/٤٤

(٢) أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله، ص/٤٥

لملك المغصوب "لا يقال لا أثر للعلة البعيدة" في الحكم "فيصدق نفي سببيته" أي الغصب "للملك" لأنه السبب البعيد له وحينئذ "فالحق الأول" أي كون السبب له أمرا آخر، هو الضمان لا نفس الغصب؛ لأنا نقول: ليس الحق الأول بناء على هذا "لأن" نفي السببية للملك "الصادق" على الغصب هو نفي السببية "المطلق" أي للملك المطلق "وسببيته" أي الغصب للملك إنما هو "بقيد كونه" أي الملك "غير مقصود منه" أي الغصب بل إنما ثبت للقضاء بالقيمة. "ولولاه" أي ملك الغاصب للمغصوب "لم يصح" أي لم ينفذ "بيع الغاصب" له قبل الضمان لانتفاء ما عدا الملك من شروط النفوذ وحيث انتفى الملك أيضا فقد انتفى شرط النفوذ مطلقا لكنه نافذ، فالملك ثابت له، فإن قيل: يشكل بعدم نفوذ عتقه، قيل: لا، لأن المستند ثابت من وجه دون وجه فيكون ناقصا، والناقص يكفي لنفوذ البيع لا." (١)

""ويرد" عدم جواز كون العدمي علة للعدمي "نقضا من الأكثر على" دليل "الطائفة" القائلين بعدم جواز كون العدمي علة لوجودي وجواز كونه علة لعدمي "وكون العدم نفسه المناسب لم يتحقق والمناسب في المثال" المذكور "الكفر وهو" أي الكفر "اعتقاد قائم وجودي ضد الإسلام ويستلزم" الكفر "عدمه" أي الإسلام "كما هو شأن الضدين في استلزام كل عدم الآخر فالإضافة" للقتل "فيه" أي في المثال "إلى العدم" أي عدم الإسلام إنما هو "لفظا" وإلا ففي التحقيق ما هو مضافا إلا إلى الأمر الوجودي الذي هو الكفر غير أنه تجوز بالإضافة إلى لازمه "ويطرد" ما قلنا من كون إضافة الحكم إلى العدم لفظا فقط "في عدم علة ثبت اتحادها لعدم حكمها كقول محمد في ولد المغصوب لا يضمن لأنه لم يغصب" فإن الغصب سبب معين للضمان والخلاف لم يقع في مطلق الضمان بل في ضمان الغصب هل يجب في زوائد المغصوب أم لا فصح تعليل عدم وجوب الضمان في الولد بعدم الغصب إذ لا **سبب للضمان** هنا إلا هو فعدمه دليل عدم وجوب ضمان الغصب ضرورة "وأبي حنيفة" ومحمد أيضا "في نفس خمس العنبر لم يوجف عليه" أي لم يعمل المسلمون خيلهم وركابهم في تحصيله فإن سبب وجوب الخمس فيه واحد بالإجماع وهو الإيجاف بالخيل والركاب." (٢)

" تقررت إزالة الأمن وإنما قال هذه لأنه لما قال إن المحرم إنما يضمن بإزالة الأمن

ورد عليه أنه ينبغي أن يضمن بمجرد الدلالة لأنه حصل إزالة الأمن بمجرد الدلالة فقال إنما يضمن بإزالة الأمن إذا تقررت بكونها مفضية إلى القتل إذ قيل الإفضاء لم يصر سببا للهلاك فلا يضمن ثم أقام

---

(١) التقرير والتحبير، ٣٣٩/٢

(٢) التقرير والتحبير، ٤٤٣/٥

الدليل على أن إزالة الأمن **سبب للضمان** بقوله فإن الصيد محفوظ بالبعد عن الناس بخلاف مال المسلم أي إذ دل رجل سارقا على مال مسلم لا يضمن فإن كونه محفوظا ليس لأجل البعد عن أيدي الناس فدلالته لا تكون إزالة الأمن

وصيد الحرم أي إذا دل عليه غير المحرم فإنه لا يضمن لأن كونه محفوظا ليس للبعد عن الناس بل لكونه في

". (١)

"المبحث الثالث – الضوابط الشرعية للأخذ بأيسر المذاهب(١)

إن عملية (التخير أو الانتقاء من آراء المذاهب الإسلامية) كانت هي الضوء الأخضر الذي أضاء الطريق أمام العاملين في العصر الحاضر لإنهاض الفكر الإسلامي، والقائمين فعلا بوضع التشريعات أو التقنينات المستمدة من معين الفقه الإسلامي، تمشيا مع متطلبات التطور، وضغط الحاجات، ومراعاة مصالح الناس في كل زمان ومكان.

وقد استجاب المصلحون المخلصون من العلماء ـ غير المتشائمين والمتزمتين ـ من رجال الأزهر وجامعة الزيتونة في مصر وتونس وغيرهما من البلاد الإسلامية، إلى دواعي النهضة أو الحركة المطلوبة، فقاموا باختيار الحق أو الأفضل والأصلح من الآراء الفقهية المتعددة في المسألة الواحدة، لجعل (الفقه المختار) يتفق مع المصلحة العامة في هذا العصر، ذلك عملا بالمبادئ أو الأسس التالية:

١ – الحق واحد لا يتعدد، ودين الله واحد مستمد من معين واحد: هو الكتاب والسنة وعمل السلف الصالح، وبما أننا لا نعرف الحق من آراء المجتهدين فنحن في حل من العمل ببعضها بحسب تقدير المصلحة.

٢ – الإخلاص للشريعة والحفاظ على أحكامها وخلودها وبقائها عقيدة كل مسلم.

٣ – مبدأ دفع الحرج أو خاصية اليسر والسماحة التي قامت عليها الشريعة من أبرز مقومات شرع الله الخالد.

٤ – مراعاة مصالح الناس وحاجاتهم المتجددة أمر يتفق مع روح الشريعة التي قامت ـ بالاستقراء والتتبع ـ على المصالح، فالمصلحة عماد التشريع، وحيثما وجدت المصلحة فثمة شرع الله ودينه، ولا ينكر تغير

---

(١) التوضيح في حل عوامض التنقيح، ٢/٢٨٧

الأحكام بتغير الأزمان.

٥- لا إلزام في الشريعة بأحد اجتهادات أو أقوال الفقهاء، إذ لا واجب إلا ما أوجبه الله ورسوله، ولم يوجب الله ولا رسوله على أحد من الناس أن يعمل في دين الله عز وجل بغير كتاب الله وسنة رسوله وما يرجع إليهما.

٦- لا يجب ـ في الأصح الراجح ـ التزام مذهب فقهي معين، لأن ذلك مجرد تقليد (أي أخذ بقول الغير من غير معرفة دليله) وإيجاب التقليد تشريع شرع جديد، كما قال شارح مسلم الثبوت.

فلا مانع شرعا من تقليد أئمة المذاهب والمجتهدين المشهورين والمغمورين، كما لا محذور في الشرع من التلفيق بين أقوال المذاهب عملا بمبدأ اليسر في الدين لقوله تعالى: ﴿ يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر ﴾ (١٨٥) سورة البقرة ، ومن المعلوم أن أغلب الناس لا مذهب لهم، وإنما مذهبهم مذهب مفتيهم، وهم حريصون على أن يكون عملهم شرعيا.

أنواع الضوابط الشرعية للأخذ بأيسر المذاهب(٢):

لم أجد فيما اطلعت عليه من كتب علماء الأصول والفقه بحثا مستقلا بهذا الموضوع،ويمكن وضع ضوابط شرعية للأخذ بأيسر المذاهب من طريق الاستنباط أو الاستخلاص مما كتبه الأصوليون والفقهاء في بحث التلفيق وتتبع الرخص والتقليد عموما.

وهذه الضوابط(٣)هي ما يأتي:

الضابط الأول: أن يتقيد الأخذ بالأيسر في مسائل الفروع الشرعية الاجتهادية الظنية

أي القضايا العملية التي ثبتت أحكامها بطريق ظني أغلبي كأحكام العبادات والمعاملات والأحوال الشخصية والجنايات التي ليس فيها نص قطعي أو إجماع أو قياس جلي(٤).

وهذا هو مجال التقليد والتلفيق. أما غير ذلك فلا يصح الأخذ فيه بالأيسر مثل مسائل العقائد وأصول الإيمان والأخلاق كمعرفة الله تعالى وصفاته وإثبات وجود الله ووحدانيته ودلائل النبوة، ومثل كل ما علم من الدين بالضرورة -أي بالبداهة -وهو ما أجمع عليه المسلمون ويكفر جاحده أو منكره، في جميع التكاليف الشرعية: عبادات أو معاملات أو عقوبات أو محرمات، كأركان الإسلام الخمسة وحرمة الربا (الفائدة)، والزنا، وحل البيع والزواج والقرض ونحوها مما هو ثابت قطعا بالإجماع، لا يجوز فيها التقليد والتلفيق أو الأخذ بالأيسر. فلا يباح التلفيق المؤدي إلى إباحة المحرمات كالنبيذ المسكر والزنا مثلا.

كما لا يباح التلفيق المؤدي إلى إهدار حقوق الناس أو إلحاق الأذى والضرر بهم والعدوان عليهم، إذ لا

ضرر ولا ضرار في الإسلام.

قال القرافي(٥): إن ضابط المذاهب التي يقلد فيها خمسة أشياء لا سادس لها عملا بالاستقراء:

١ – الأحكام الشرعية الفروعية الاجتهادية.٢ – وأسبابها.٣ – وشروطها.٤ – وموانعها.٥ – والحجاج(٦)المثبتة للأسباب والشروط والموانع.

احترز بـ (الشرعية) عن العقلية كالحساب والهندسة وعن الحسيات وغيرها. واحترز بالفروعية عن أصول الدين وأصول الفقه. وبالاجتهادية عن الأحكام المعلومة من الدين بالضرورة.

وأسباب الأحكام مثل الإتلاف **المسبب للضمان**. والشروط كاشتراط الولي والشهود في عقد الزواج. والموانع كالجنون والإغماء المانعين من التكليف الشرعي، والدين المانع من إيجاب الزكاة.والحجاج المثبتة للأسباب والشروط والموانع هي ما يعتمد عليه القضاء من البينات والأقارير ونحو ذلك. وهي نوعان:

١ – مجمع عليه كالشاهدين في الأموال والأربعة الشهود في الزنى، والإقرار في جميع ذلك إذا صدر من أهله في محله.

٢ – ومختلف فيه: نحو الشاهد واليمين وشهادة الصبيان في القتل والجراح، والإقرار إذا أعقبه رجوع. ونحن كما نقلد العلماء في الأحكام وأسبابها وشروطها وموانعها، فكذلك نقلدهم في الحجاج المثبتة لذلك.

فاختيار الأيسر من المذاهب مقيد إذن في هذا النطاق وهو الأحكام الفرعية الثابتة بغلبة الظن لدى المجتهد مثل وجوب الوتر والنية في الوضوء، وكون الدين مانعا من الزكاة، وإباحة المعاطاة(٧)، وقبول شهادة الصبيان في القتل والجراح، والشاهد واليمين، وشهادة النساء فيما يختص بهن الاطلاع عليه كعيوب الفروج واستهلال المولود، وجواز البيع بشرط فيه منفعة لأحد المتعاقدين. والتطليق بسبب الغيبة أو الإعسار أو الإضرار، وتقويم منافع العقارات، وتضمين الأجراء والصناع، ومنع هدية المديان، ونحو ذلك.

الضابط الثاني ـ ألا يترتب على الأخذ بالأيسر معارضة مصادر الشريعة القطعية، أو أصولها ومبادئها العامة. يفهم هذا الشرط مما ذكره فقهاء المالكية ـ حتى الشاطبي ـ من ضرورة نقض حكم الحاكم أو قضاء القاضي في أمور أربعة ينقض فيها قضاؤه، مما يدل على أنه عند الأخذ بالأيسر لا يجوز الوقوع فيما يخالف هذه الأمور وهي ما يأتي(٨):

الأول ـ أن يحكم القاضي بما يخالف الكتاب أو السنة أو الإجماع، فينقض هو حكم نفسه بذلك، ،وينقضه القاضي الوالي بعده. ويلحق بذلك الحكم بالقول الشاذ.

الثاني ـ أن يحكم بالظن والتخمين من غير معرفة ولا اجتهاد، فينقضه هو ومن يلي بعده.

الثالث . أن يحكم بعد الاجتهاد،ثم يتبين له الصواب في خلاف ما حكم به، فلا ينقضه من ولي بعده. واختلف هل ينقضه هو أم لا؟.

الرابع . أن يقصد الحكم بمذهب، فيذهل ويحكم بغيره من المذاهب، فيفسخه هو، ولا يفسخه غيره. ويهمنا في بحث الأخذ بالأيسر من هذه الأمور الأمر الأول، فقد عدد القرافي(٩)صورا أربعة ينقض فيها الحكم هي: مخالفة الإجماع، والقواعد، والقياس الجلي، والنص. ومثل لكل حالة وبين سبب النقض، ثم قال: فإن مثل هذا لا يقر في الشرع لضعفه، وكما لا يتقرر إذا صدر عن الحكام، كذلك لا يصح التقليد فيه إذا صدر عن المفتي، ويحرم اتباعه فيه(١٠)

. أما سبب نقض الحكم المخالف للإجماع: فهو أن الإجماع معصوم من الخطأ ولا يحكم إلا بحق، فخلافه يكون باطلا قطعا.

وأما سبب نقض الحكم لمخالفة القواعد والقياس الجلي والنص إذا لم يكن لها معارض راجح عليها فهو أنها واجبة الاتباع شرعا ويحرم مخالفتها ولا يقر شرعا ما يعارضها باجتهاد خطأ، لقوله تعالى: ﴿ فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول ﴾ [النساء:٥٩/٤].

فمخالفة النص: مثل لو حكم القاضي بإبطال وقف المنقول، فإنه ينقض حكمه، لمخالفته نصوص الأحاديث الصحيحة بصحة وقف المنقول، منها أن رسول الله – صلى الله عليه وسلم – قال في حق خالد بن الوليد: قد احتبس أدراعه وأعتده فى سبيل الله »(١١).

ومثل جواز الوصية للوارث، فإنه مخالف للحديث المتواتر: « ألا لا وصية لوارث»(١٢).

ومثل إقرار الربا القليل أو الفائدة في حدود (٧ ٪) فإنه مخالف للآيات القرآنية الدالة دلالة قطعية على تحريم الربا: ﴿ وأحل الله البيع وحرم الربا ﴾ (٢٧٥) سورة البقرة ، ومثل تسوية المرأة بالرجل في الميراث فإنه معارض صراحة للنص القرآني: ﴿يوصيكم الله في أولادكم للذكر مثل حظ الأنثيين﴾ (١١) سورة النساء.

ومخالفة الإجماع: مثل الحكم بحرمان الجد من الميراث إذا اجتمع مع الإخوة مع أن الصحابة أجمعوا ضمنا على ضرورة إرث الجد، وإنما اختلفوا في أنه: هل يرث جميع المال ويحجب الإخوة، أم أنه يرث مع الإخوة . ومثل الحكم بعدم ضرورة القسمة بين الزوجات في بعض الأحوال، فإنه مخالف للإجماع على أن العدل في القسمة واجب. ومثل الحكم بالقرائن في إثبات جريمة الزنا، فإنه مخالف للإجماع والنص القرآني القاطع.

ومخالفة القواعد: مثل لها القرافي بالمسألة السريجية (نسبة لأحمد بن سريج الشافعي المتوفى سنة ٣٠٦هـ) وهي أن يقول الزوج: « إن طلقتك فأنت طالق قبله ثلاثا » فلا يقع الطلاق عند ابن سريج، وتابعه فيه ابن تيمية وابن القيم(١٣)، لأن الطلاق الصادر منه لم يصادف محلا له. فلو حكم حاكم بإقرار الزواج عملا بهذا الرأي فينقض حكمه – عند المالكية – لمخالفته القواعد، لأن من قواعد الشرع صحة اجتماع الشرط مع المشروط، فإذا لم يجتمع الشرط مع المشروط لايصح أن يكون في الشرع شرطا(١٤).

هذا والوصية لوارث مخالفة للقواعد أيضا مثل قاعدة (درء المفاسد مقدم على جلب المصالح) وقاعدة (الحكم يتبع المصلحة الراجحة) والمصلحة الراجحة في الإبقاء على روابط الأسرة على أساس من المحبة والتعاون وصلة الرحم.

ومخالفة القياس الجلي: مثل قبول شهادة النصراني، فإن الحكم بشهادته ينقض، لأن الفاسق لا تقبل شهادته،والكافر أشد منه فسوقا وأبعد عن المناصب الشرعية في مقتضى القياس، فينقض الحكم لذلك، ولقوله تعالى: ﴿ وأشهدوا ذوي عدل منكم﴾ (٢) سورة الطلاق ، وهو رأي المذاهب الأربعة، إلا الحنابلة فقد أجازوا شهادة أهل الكتاب في الوصية في السفر إذا لم يكن غيرهم، عملا بقوله تعالى: ﴿يا أيها الذين آمنوا شهادة بينكم إذا حضر أحدكم الموت حين الوصية اثنان ذوا عدل منكم أو آخران من غيركم إن أنتم ضربتم في الأرض فأصابتكم مصيبة الموت تحبسونهما من بعد الصلاة فيقسمان بالله إن ارتبتم لا نشتري به ثمنا ولو كان ذا قربى ولا نكتم شهادة الله إنا إذا لمن الآثمين﴾ (١٠٦) سورة المائدة...

الضابط الثالث ـ ألا يؤد ي الأخذ بالأيسر إلى التلفيق الممنوع:

قد بينا دائرة التلفيق الممنوع سواء الباطل لذاته كإحلال المحرمات كالخمر والزنا ونحوهما أو الباطل لا لذاته، وإنما لعارض ويشمل أنواعا ثلاثة:

الأول ـ تتبع الرخص عمدا أي الأخذ بالأيسر بدون ضرورة ولا عذر.

الثاني ـ التلفيق الذي يستلزم نقض حكم القاضي.

الثالث ـ التلفيق الذي يستلزم الرجوع عما عمل به تقليدا، أو عن أمر مجمع عليه لازم لأمر قلده وذلك في غير العبادات المحضة. فلا يؤخذ بالأيسر إذا أدى الأمر إلى الانحلال من مسؤولية التكاليف الشرعية أو العبث بالدين وقضايا الزواج، أو الإضرار بالبشر، أو الفساد في الأرض، أو الإضرار بالمصلحة الاجتماعية. فلا يجوز مثلا التلفيق أو الأخذ بالأيسر للتخلص من فريضة الزكاة، باستخدام الحيل(١٥)قبيل مضي العام بإعطاء الشخص مدينا له من الزكاة بقدر ماعليه، ثم يطالبه بالوفاء، فإذا وفاه برىء وسقطت الزكاة عن

الدافع. أو يلجأ المزكي لتصرف صوري بيعا أو هبة ثم يسترد المال إليه، فهذه حيلة محرمة باطلة لاتسقط فرض الزكاة(١٦)لأن في ذلك إضرارا بمصلحة الفقراء، وتآمرا على حقوقهم الثابتة شرعا في أموال الأغنياء. كما لا يصح الإفتاء بأيسر المذاهب في أحكام الزكاة دفعا لحاجة الفقير، وإنما يفتى بما يحقق المصلحة، فيفتي مثلا بمذهب مالك والشافعي وجمهور العلماء بإيجاب الزكاة في مال الصبي والمجنون، وبإخراج زكاة الأرض الخراجية (التي فتحت عنوة) مع الخراج، فيكون الواجب في تلك الأرض الخراج والعشر معا، لأن العشر واجب ديني على المسلمين،والخراج واجب اجتهادي ليكون موردا للجماعة ممثلة بالدولة لسد حاجاتها ونفقاتها العامة.

ومن الواجب أن تكون الغاية من الأخذ بالأيسر الحفاظ على مقاصد الشريعة، والتزام سياستها وحكمتها التشريعية، ورعاية مصلحة الناس كافة في المعاملات والعقوبات وأداء الأموال والعلاقات الزوجية لا المصلحة الخاصة، وعدم إهدار مصلحة أهم مما دونها، واتقاء المفسدة الكبرى بالدنيا عند الضرورة، وأن يكون الشرع هو معيار تحقيق المصلحة ودرء المفسدة. ومقاصد الشريعة هي: حفظ الدين (من عقائد وعبادات)، والنفس، والعقل، والنسل، والمال، وينبغي التدرج في الحفاظ عليها بحسب مراتبها وهي الضروريات أولا، ثم الحاجيات، ثم التحسينيات.

أما الضروريات: فهي التي يتوقف عليها حياة الناس الدينية والدنيوية بحيث إذا فقدت اختلت الحياة في الدنيا، وضاع النعيم وحل العقاب في الآخرة. أي أنها كل مالا بد منه لحفظ المقاصد الخمسة الأصلية.

وأما الحاجيات: فهي التي يحتاج الناس إليها لرفع الحرج عنهم فقط، بحيث إذا فقدت وقع الناس في الضيق والحرج دون أن تختل الحياة. فقد تتحقق بدونها المقاصد الخمسة، ولكن مع المشقة والضيق.

وأما التحسينيات: فهي المصالح التي يقصد بها الأخذ بمحاسن العبادات ومكارم الأخلاق، كالطهارات وستر العورات. فهي بمثابة السور للحفاظ على المقاصد الخمسة الضرورية.

الضابط الرابع ـ أن تكون هناك ضرورة أو حاجة للأخذ بالأيسر.

الأخذ بالأيسر ينبغي ألا يكون متخذا للعبث في الدين أو مجاراة أهواء النفوس أو للتشهي وموافقة الأغراض، لأن الشرع جاء بالنهي عن اتباع الهوى، قال الله تعالى: ﴿ولو اتبع الحق أهواءهم لفسدت السماوات والأرض ومن فيهن ﴾ (٧١) سورة المؤمنون ، ﴿ ﴿يا أيها الذين آمنوا أطيعوا الله وأطيعوا الرسول وأولي الأمر منكم فإن تنازعتم في شيء فردوه إلى الله والرسول إن كنتم تؤمنون بالله واليوم الآخر ذلك خير وأحسن تأويلا﴾ (٥٩) سورة النساء ، فلا يصح رد المتنازع فيه إلى أهواء النفوس. وهناك آيات كثيرة في

هذا المعنى منها قوله سبحانه: ﴿فإن لم يستجيبوا لك فاعلم أنما يتبعون أهواءهم ومن أضل ممن اتبع هواه بغير هدى من الله إن الله لا يهدي القوم الظالمين﴾ (٥٠) سورة القصص ﴿وأنزلنا إليك الكتاب بالحق مصدقا لما بين يديه من الكتاب ومهيمنا عليه فاحكم بينهم بما أنزل الله ولا تتبع أهواءهم عما جاءك من الحق لكل جعلنا منكم شرعة ومنهاجا ولو شاء الله لجعلكم أمة واحدة ولكن ليبلوكم في مآ آتاكم فاستبقوا الخيرات إلى الله مرجعكم جميعا فينبئكم بما كنتم فيه تختلفون﴾ (٤٨) سورة المائدة ، ﴿يا داوود إنا جعلناك خليفة في الأرض فاحكم بين الناس بالحق ولا تتبع الهوى فيضلك عن سبيل الله إن الذين يضلون عن سبيل الله لهم عذاب شديد بما نسوا يوم الحساب﴾ (٢٦) سورة ص.

وبناء عليه ألزم العلماء المفتي في إفتائه ألا يتبع أهواء الناس(١٧)بل يتبع المصلحة والدليل الراجح، والمصلحة المعتبرة هي مصلحة الكافة كما بينا. قال تعالى لنبيه: ﴿ثم جعلناك على شريعة من الأمر فاتبعها ولاتتبع أهواء الذين لايعلمون، إنهم لن يغنوا عنك من الله شيئا﴾ [الجاثية:٤٥/١٨-١٩]، قال القرافي في الإحكام والشيخ عليش في فتاويه(١٨): «أما اتباع الهوى في الحكم والفتيا فحرام إجماعا» .

وقال ابن القيم: لايجوز للمفتي تتبع الرخص لمن أراد نفعه، فإن تتبع ذلك فسق، وحرم استفتاؤه(١٩)وهذا المعنى هو الذي حمل الشاطبي -كما بينت سابقا- على منع تتبع الرخص، فقد قال: وقد أدى إغفال هذا الأصل (أي اتباع أحد الدليلين أو القولين من غير ترجيح) إلى أن صار كثير من مقلدة الفقهاء يفتي قريبه أو صديقه بمالايفتي به غيره من الأقوال، اتباعا لغرضه، وشهوته، أو لغرض ذلك القريب وذلك الصديق(٢٠).

وهذا يدلنا على أن مراعاة المصلحة الخاصة في الأخذ بالأيسر أمر غير مرغوب فقها وشرعا، وإنما ينبغي مراعاة المصلحة العامة أو مصلحة الكافة.

وإذا كان اتباع الأهواء محرما لزم تقييد الأخذ بأيسر المذاهب بوجود حالة الضرورة أو الحاجة، لأن (الضرورات تبيح المحظورات) و(الحاجة تنزل منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة) والضرورة: ما يترتب على عصيانها خطر. أما الحاجة: فهي ما يترتب على عدم الاستجابة إليها عسر وصعوبة. والمراد بكون الحاجة عامة: أن تكون شاملة جميع الأمة، والمراد بكونها خاصة أن يكون الاحتياج لطائفة متخصصة من الأمة كأهل بلد أو حرفة، لا أن تكون فردية(٢١).

ولست مع الشاطبي في أن العمل بالضرورة أو الحاجة أخذ بما يوافق الهوى(٢٢)، لأن الضرورات والحاجات تتجدد بحسب التطور. ولابد من مراعاة ضوابط الضرورة الشرعية والحاجة (وهي أن تكون قائمة لا متوقعة،

ويقينية أو غالبة الظن، وملجئة أو محرجة...إلخ)(٢٣).

الضابط الخامس ـ أن يتقيد الأخذ بالأيسر بمبدأ الترجيح.

أي أن يكون الهدف العام أولا هو العمل بالرأي الأقوى أو الأرجح بحسب رجحان دليله، لأن الأخذ بالأيسر نوع من الاجتهاد، والمجتهد ملزم باتباع الدليل الراجح المؤدي إلى الصواب، بحسب غلبة ظنه. لذا أوجب الأصوليون على المفتي (أي المجتهد) أن يتبع القول لدليله، فلا يختار من المذاهب أضعفها دليلا، بل يختار أقواها دليلا؛ لأن الصحابة أجمعوا في اجتهاداتهم على وجوب العمل بالراجح من الظنين دون أضعفهما، ولأن العقل يوجب العمل بالراجح في الحوادث، والأصل اتفاق الشرع مع العقل. قال القرافي: إن الحاكم إن كان مجتهدا فلا يجوز له أن يحكم أو يفتي إلا بالراجح عنده، وإن كان مقلدا جاز له أن يفتي بالمشهور في مذهبه، وأن يحكم به، وإن لم يكن راجحا عنده، مقلدا في رجحان القول المحكوم به إمامه الذي يقلده، كما يقلده في الفتيا.

وقال أيضا: أما الحكم أو الفتيا بما هو مرجوح فخلاف الإجماع(٢٤). لكن ناقش الشيخ عليش هذا الإجماع فقال: ولعل هذا الإجماع ـ على تقدير ثبوته ـ إنما يكون حيث تبع القاضي أو المفتي في تقليد الشاذ هواه، فإن أبغض شخصا أو كان من ذوي الخمول، شدد عليه، فقضى عليه وأفتاه بالمشهور، وإن أحبه أو كان له عليه منة، وكان من أصدقائه أو أقاربه واستحيا منه، لكونه من ذوي الوجاهة أو أبناء الدنيا، أفتاه ،أو قضى له بالشاذ الذي فيه رخصة(٢٥).

ثم ذكر الشيخ عليش في فتاويه عند الكلام على موضوع التخير بين الأقوال: الصحيح إن كان المقلد أهلا للنظر في طرق الترجيح وإدراك مدارك التقديم والتصحيح، فإنما الواجب عليه في القولين أو الأقوال إن كانت لشخص واحد ألا يعمل أو يفتي أو يحكم إلا بالراجح عنده(٢٦).

ثم تعقب الشيخ عليش(٢٧)عبارة القرافي في أنه منع المجتهد من الحكم والفتيا إلا بالراجح عنده، وأجاز للمقلد أن يفتي بمشهور مذهب من قلده حتى ولو كان شاذا مرجوحا في نظره. ثم قال عليش: لا دليل فيه على جواز العمل بغير الراجح، لأنه لا يلزم من العمل بالمرجوح عنده الراجح في نظر إمامه أو عكسه العمل بالمرجوح في نظرهما معا.

---

(١) – الفقه الإسلامي وأدلته – (ج ١ / ص ٦٩) فما بعدها

(٢) – الفقه الإسلامي وأدلته – (ج ١ / ص ٩٧)

(٣) – الضابط: معناه القاعدة الكلية وجمعه ضوابط ويراد بها هنا القيود التي تحدد نطاق الموضوع.
(٤) – القياس الجلي: هو ماكانت العلة فيه منصوصة، أو غير منصوصة، ولكن قطع فيه بنفي تأثير الفارق بين الأصل والفرع، كقياس الضرب على التأفيف في الحرمة.
(٥) – الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام للقرافي: ص١٩٥ وما بعدها ، طبعة حلب الفروق: ٤/٥
(٦) – أي طرق الإثبات أو أدلته مثل الإقرار والشهادة.
(٧) – المعاطاة: المبادلة من غير إيجاب ولا قبول، كدفع الثمن وأخذ المبيع فعلا من غير كلام صادر من العاقدين أو من أحدهما.
(٨) – القوانين الفقهية لابن جزي: ٢٩٤، ط فاس.
(٩) – الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: ص١٢٨، تبصرة الحكام: ١،٧١/٧٠، ط الحلبي البابي.
(١٠) – ويؤيده أن عز الدين بن عبد السلام (المتوفى سنة ٦٦٠هـ) اشترط لجواز التلفيق ألا يكون ما قلد فيه مما ينقض فيه الحكم أي أن تكون المسألة اجتهادية
(١١) – صحيح البخارى(١٤٦٨)
(١٢) – سنن الترمذى(٢٢٦٦)
(١٣) – أعلام الموقعين: ٣/٢٦٣ وما بعدها.
(١٤) – ومن أمثلة مخالفة قواعد الشريعة عند الشافعية: بيع المعاطاة أو المراضاة، فهو مصادم لأصل شرعي - في رأيهم - وهو كون الرضا المشروط في البيوع والتجارات معبرا عنه بالإيجاب والقبول اللفظيين.
(١٥) – قال ابن القيم: لايجوز للمفتي تتبع الحيل المحرمة والمكروهة (أعلام الموقعين: ٤/٢٢٢).
(١٦) – أعلام الموقعين: ٣/٢٥٨ ، ٣٢٠ .
(١٧) – أعلام الموقعين: ١/٧٤، الموافقات: ٤/١٤٢ و مابعدها، الاعتصام: ٢/١٧٦.
(١٨) – فتح العلي المالك في الفتوى على مذهب مالك: ١/٦٨، الإحكام للقرافي: ص٧٩.
(١٩) – أعلام الموقعين: ٤/٢٢٢.
(٢٠) – الموافقات : ٤/١٣٥ .
(٢١) – المدخل الفقهي للأستاذ مصطفى الزرقاء: ف ٦٠٣.
(٢٢) – الموافقات : ٤/١٤٥.

(٢٣) – راجع نظرية الضرورة الشرعية للدكتور وهبة الزحيلي: ص ٦٦ ومابعدها.

(٢٤) – الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام: ص ٧٩، ٨٠، تبصرة الحكام: ١/٦٦، فتاوى الشيخ عليش: ١/٦٨،٦٤.

(٢٥) – فتح العلي المالك: ١/٦٢.

(٢٦) – فتاوى الشيخ عليش: ١/٦٥.

(٢٧) – المرجع السابق : ١/٦٨.." [1]

"وفيه نظر، لأنه( ) في المسألة الأولى أقر بالأخذ وهو **سبب للضمان**، وادعى على المالك البراءة من الضمان فلم يصدق بقوله، وفي الثانية ما أقر بالأخذ بل قال أعطيتنيها( ) وديعة،فلهذا لم يضمن( ).

تتمة:

مات المضارب ولم يوجد مال المضاربة فيما خلف عاد دينا في تركته( ): «در»( ) عن «شرح الوهبانية»( ).

وفي البزازية ١٢٣= دفع لآخر عينا، ثم اختلف فقال الدافع: قرض وقال الآخر: هدية.

١٢٤= فالقول للدافع (انتهى)

وظاهره: أنه لو كان على المضارب/( ) دين آخر فرب المال يكون أسوة الغرماء وليس كذلك،فقد نقل "شيخنا" عن «فتاوى قاضي خان» ما نصه: ((مات المضارب وعليه دين، فرب المال أحق برأس ماله وحصته من الربح إن كانت المضاربة معروفة))( ) اهـ.

١٢٣= قوله: دفع لآخر عينا الخ. ليس المراد مطلق العين بل خصوص ما يجوز فيه القرض( ) كالنقود( ).

١٢٤= قوله: فالقول للدافع. أي مع يمينه "حموي"( )/( ).

١٢٥= رأن مدعي الهبة يدعي الإبراء عن القيمة مع كون العين متقومة بنفسها،

ومنها لو أدخلت المرأة حلمة ثديها في فم الرضيع ١٢٦= ولا يدرى أدخل اللبن في حلقه أم لا، يحرم النكاح

١٢٥= قوله: لأن مدعي الهبة( ): لعله الهدية أو لعل الأول الهبة "حموي"( ).

وأقول: هذا بالنسبة للنسخة التي كتب عليها "المحشي"( ) لأن النسخ اختلفت فعلى ما وقع في بعضها

---

(١) الخلاصة في أحكام الاجتهاد والتقليد، ص/١٤٢

من قوله: الآخر هدية يتجه ما ذكره "المحشي"، وأما على ما في بعض النسخ من قوله: وقال الآخر هبة فلا شك في استقامة ما ذكره من التعليل حينئذ.." (١)

"فإن قلت: مقتضى قوله: والمولى لا يضمن هذا وإن أخذه من عبده المأذون عدم الضمان مطلقا بلا فرق بين القائم والمستهلك، فينافي ما سبق من أنه يضمن القائم بعينه، قلت: ما سبق مفروض فيما إذا ادعى العبد الأخذ منه/( ) بعد العتق، فلهذا ألزم المولى الضمان القائم بعينه، بخلاف ما هنا، فإن المأذون لم يدع الأخذ منه بعد العتق، فلهذا انتفى الضمان عن المولى مطلقا فتدبر.

١٦٣= قوله: لا يصدق في الغلة القائمة: أي السيد،فيكون الحاصل أن الخروج عن الأصل بسبب كون القول للسيد محله ما إذا كانت الغلة هالكة، وإلا كان على الأصل،

١٦٤= ومما وافق الأصل ما في النهاية.

فهو تقييد للإطلاق السابق. "حموي"( ).

١٦٤= قوله: ومما وافق الأصل ما في «النهاية»( ) إلى قوله: قطعت يدك الخ. قيد بالقطع: لأنه في الوطء، وأخذ الغلة لا يكون القول لها، بل للمولى كما في "ملا مسكين"، ونصه: ((قال المولى لمعتقته: وطئتك وأءذت منك كذا من الغلة وأنت أمتي، وقالت لا بل فعلت ذلك بعد العتق، فالقول للمولى ولا/( ) يضمن شيئا بالاتفاق))( ) انتهى.

لأن الظاهر كونهما حال الرق «درر»( ). فيكون الإسناد إلى حالة منافية للضمان؛ لأن السيد يملك وطء أمته المديونة، ولا يجب عليه العقر( )، وكذا له الأخذ من غلتها بخلاف

....

القطع، فإنه لم يسنده إلى حالة منافية للضمان؛ لأنه إذا قطع يدها وهي مديونة ضمنها كذا بخط "شيخنا". وقوله: بخلاف القطع الخ.أي [فإن]( ) القول فيه لها كما سيصرح به المصنف، ويضمن المقر عندهما لأنه أقر بسبب الضمان ثم ادعى البراءة، وهي تنكر «درر»( ) وقال "محمد": القول للمقر ولا يضمن إلا شيئا قائما بعينه غير مستهلك/( )، فإنه يؤمر برده إلى المقر لها( )، والحاصل أن هذه/( ) المسائل على ثلاث أوجه:." (٢)

---

(١) عمدة الناظر على الأشباه والنظائر / الحسيني. تحقيق عبد الكريم جاموس، ٦٤/١

(٢) عمدة الناظر على الأشباه والنظائر / الحسيني. تحقيق عبد الكريم جاموس، ٨٣/١

"- في وجه يكون القول قول المولى: وهو ما إذا أخذ الغلة أو وطئها.

- وفي وجه يكون القول قول الجارية: وهو ما إذا أقر المولى أنه أخذ منها مالا وهو قائما بعينه في يده.

- وفي وجه اختلفوا: وهو ما إذا استهلك مالها أو قطع يدها، وقد اتفقوا على أصلين: أحدهما أن الاستناد( ) إلى حالة منافية للضمان يوجب سقوط المقر به، والآخر أن من أقر بسبب الضمان ثم ادعى ما يبرئه لا يسمع منه إلا بحجة.

فالوجه الأول مخرج على الأصل الأول بالاتفاق، والوجه الثاني مخرج على الأصل

....

الثاني بالاتفاق، والوجه الثالث خرجه "محمد" على الأول وهما على الثاني كذا بخط "شيخنا" عن «العناية( )»( ).

واعلم أن معنى ما ذكره "ملا مسكين"( ) بقوله: ((ولا يضمن شيئا بالاتفاق))، أي لا يضمن العقر ولا الغلة/( ) [بالنسبة للغلة]( ) المستهلكة، والحاصل، أنه إذا حمل ما ذكره "ملا مسكين"( ) من أن المولى لا يضمن شيئا بالاتفاق على المستهلك من الغلة، وحمل ما ذكره في «العناية» من كونهم اختلفوا في كون المستهلك من مالها هل يضمن أو لا على المستهلك من الاكتساب حصل التوفيق والتقييد/( ) بالمستهلك للاحتراز عن القائم بعينه فإن المولى يلزمه رده اتفاقا سواء كان من الغلة أو من الاكتساب، وسيأتي لهذا مزيد بيان.

١٦٥= لو أعتق أمة، ثم قال لها: قطعت يدك وأنت أمتي فقالت هي: قطعتها وأنا حرة فالقول قولها

١٦٦= وكذا في كل شيء أخذه منها.

١٦٥= قوله: أعتق أمة، ثم قال لها: قطعت يدك الخ. أما لو قال قطعت يدك ثم أعتقتك[أو استهلكت مالك ثم أعتقتك أو أخذت مالك ثم أعتقتك]( ) ولم يكن العتق ظاهرا قبله وإنما ظهر بهذا القول، فالقول قول المولى بلا خلاف كما في «خزانة الأكمل» "بيري".." (١)

"لمحمد أنه أسند الفعل إلى حالة منافية للضمان فلا يؤاخذ به،كما لو أقر بالقذف مسند إلى حالة الصبا/( )، ولهما أنه أقر بسبب الضمان وهو الأخذ والقطع وأسنده إلى حالة لا ينافيها الضمان بالكلية بل قد يجامعها؛لأن إتلاف مال الحربي يكون/( ) سببا للضمان في الجملة، كما إذا كان مستأمنا وأودع ماله عند مسلم،وعاد فأتلفه المسلم يضمن، وقطع المولى يد عبده قد يكون مضمونا إذا كان مديونا أو

---

(١) عمدة الناظر على الأشباه والنظائر / الحسيني. تحقيق عبد الكريم جاموس، ١/٨٤

مرهونا، ولا كذلك حالة الصبا؛ لأنها منافية للإقرار قيد بالضمان لأن المأخوذ لو كان/( ) قائما في يد المقر يؤمر بالرد إلى المقر له اتفاقا لأنه

ومما فرع عليه لو اشترى عبدا، ثم ظهر أنه كان مريضا ومات عند المشتري فإنه لا يرجع بالثمن ؛ لأن المرض يتزايد فيحصل الموت بالزائد فلا يضاف إلى السابق لكن يرجع بنقصان العيب كما ذكره الزيلعي.

وليس من فروعها ما لو إذا تزوج أمة ثم اشتراها، ثم ولدت ولدا يحتمل أن يكون حادثا بعد الشراء، أو قبله فإنه لا شك عندنا في كونها أم ولد لا من جهة أنه حادث أضيف إلى أقرب أوقاته

١٧٠= لأنها لو ولدت قبل الشراء ملكها فتصير أم ولده عندنا

أقر أنه ماله ويدعي تملكه عليه، وهو ينكر والقول قول المنكر كذا بخط "خليل أفندي"( ) تلميذ "حموي" معزيا "لابن ملك" في «شرح المجمع»( ).." (١)

"(٢) والمأمور بالحج إذا استأجر خادما والحال أن مثله ممن يخدم يكون مأذونا ويأخذ من مال الميت وإلا فعليه قوله إلا إذا كان ممن لا يخدم نفسه كذا في النسخ والصواب إسقاط لا أو إلا أو حذف المفعول وبناء الفعل للمجهول وقالوا له أن يشتري حمارا يركبه وذكر في الولوالجية أنه مكروه والجمل أفضل لأن النفقة فيه أكثر وقد تقدم قوله وإن كان بغير قضاء للإذن دلالة أي وإن كان الإنفاق بغير قضاء قال قاضي خان لأنه لما أمره بالحج فقد أمره بأن ينفق عنه انتهى وفي بعض النسخ وإن كان بغير نص للإذن بذلك قوله المأمور إذا أمسك مؤنة الكراء وحج ماشيا إلخ المسألة مذكورة في الواقعات وعبارتها المأمور بالحج إذا حج ماشيا فالحج عن نفسه وهو ضامن لنفقته لأنه الحج المعروف بالزاد والراحلة فانصرفت الوصية إليه انتهى وهذا بخلاف ما لو أوصى بأن يعطي بعيره هذا رجلا ليحج عنه فدفع إلى رجل فأكراه الرجل فأنفق الكراء على نفسه في الطريق وحج ماشيا جاز عن الميت استحسانا وإن خالف أمره وصححه في المحيط وقال أصحاب الفتاوى هو المختار وهذه المسألة خرجت عن الأصل للضرورة فإن الأصل أن المأمور بالحج راكبا إذا حج ماشيا فإنه يكون مخالفا كذا في البحر قوله إلا إذا كان أمرا ظاهرا يشهد على صدقه لأن **سبب الضمان** قد ظهر فلا يصدق في دفعه إلا بظاهر يدل على صدقه ﷺ." (٣)

---

(١) عمدة الناظر على الأشباه والنظائر / الحسيني. تحقيق عبد الكريم جاموس، ٨٨/١

(٢) ٩٠

(٣) غمز عيون البصائر – موافق – محقق، ٩٠/٢

"[1] قوله كما إذا علق الطلاق بيانه أن في قوله أنت طالق إن دخلت الدار لا يتصف أنت طالق بالعلية قبل دخول الدار وإنما يتصف بها عند الدخول فيصبح علة قوله وهو أن يثبت في الحال أي يثبت الحكم في الحال ففي العبارة حذف الفاعل وهو عمدة في الكلام لا يجوز حذفه قوله وذلك كالمضمونات إلى آخره أي كالحكم في المضمونات قوله إلى وقت وجود السبب أي سبب الضمان قوله وكالنصاب إلخ أي وكوجوب الزكاة في النصاب قوله عند خروج الوقت إلخ قيد به لأنها تمسح قبل خروجه قال في المنية وشرحها ولو لبست يعني المستحاضة بطهارة العذر أي بعد ما ظهر منها شيء تمسح في ﷺ." (٢)

"طار الطير لم يضمن لأن الخروج والطيران كان باختيار من الطير والدابة لا بقوة حدثت من الفتح أوجبت له الاختيار ولا بإلجاء الدابة إليه ليفسد الاختيار بالكره ولا يلزمنا على هذا المحرم إذا دل على صيد حيث يضمن لأن الدلالة سبب محض فى حق جناية الأخذ ولا ضمان عليه من حيث الأخذ للصيد ولكنه يضمن من حيث أزال أمنه عن الاصطياد وقد لزمه بالإحرام أن لا يزيل أمنه فتكون الإزالة جناية عليه كما يكون ترك الحفظ من المودع جناية على الوديعة يضمن به ويضمن فى مسألة الدلالة من حيث إنه جنى بالدلالة على إحرامه فإن أزال الأمن عنه لأن أمنه بسبب تواريه عن العيون فأما بعد العلم بمكانه فلا ينجيه إلا الفرار على خوف ولهذا قلنا إن حافر البئر لا يضمن الكفارة ولا يحرم الإرث لأنهما يجبان جزاء بإزاء فعل القتل مباشرة والمباشرة من الحافر فى حفره وقد انقضى قبل الاتصال بالساقط وإنما اتصل به عمق حادث بفءله فصار يشبه سقوطا للعمق الحادث بفعله إلا انه شرط لسقوطه لأنه علة لسقوطه فسقوطه سبب ثقله الذى لا يحمله الهواء والأرض كانت تحمله ولما صار العمق الحادث بفعله شرطا للتلف والكفارة جزاء علة التلف لم يضمن صاحب الشرط وأما ضمان التالف ليس بجزاء علة التلف لينعدم بعدمها بل إنما يضمن التالف لوجود تلف مضاف إليه والحكم إلى الشرط مضاف وجودا وإن لم يضف إليه وجوبا وإذا اضيف إليه ضمن إلا أنه إذا اجتمع علة التلف مع شرط التلف وصلح كل واحد منهما أن يجعل سبب ضمان كانت الإضافة إلى العلة أولى وها هنا العلة ثقله أو شبه وذاك لا يصلح سبب الضمان لأنه ليس بتعد فوجبت الإضافة إلى صاحب الشرط." (٣)

---

(١) ٣٤٦

(٢) غمز عيون البصائر - موافق - محقق، ٣/٣٤٦

(٣) قواطع الأدلة فى الأصول / للسمعانى، ٣/٣٥١

"بدينه وفلان ميت وبرهنا فإنه يقضى لكل منهما بنصفها رهنا عنده سواء كانت في أيديهما أو يد غيرهما لأن دعواهما الرهن ــ والراهن ميت ــ يكون المقصود منها الاستيفاء من ثمن العين بالبيع والشائع يقبله بخلاف ما إن كان الراهن حيا فإن المقصود حينئذ حكم الرهن وهو حبس العين والشائع لا يقبله

(ر الدر المختار وحاشيته رد المحتار والدرر من باب ما يصح رهنه وما لا يصح)

(هـ) ومن مسائل الدعاوى أيضا في هذا الأصل ما لو ادعى المتولي دفع الغلة للمستحقين من ذرية الواقف وهم ينكرون فالقول للمتولي مع أنه يدي خلاف الظاهر لأنه يدعي براءة ذمته والأصل براءة الذمة

(و) ومنها ما سيأتي في مستثنيات المادة ١١ من انه لو قال الوكيل بالبيع بعد علمه بالعزل والمبيع مستهلك بعت وسلمت قبل العزل وقال الموكل بعد العزل فالقول للوكيل مع أنه يدعي خلاف الظاهر بإضافة الحادث إلى أبعد أوقاته لأن المقصود من الدعوى بعد هلاك العين تضمينه وهو ينكر سبب الضمان وكذلك بقية مستثنيات المادة ١١ المذكورة فإنها من فروع هذا الأصل لاعتبار المقصود من الدعوى فيها

شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:٦٥

(التنبيه الثاني)

يذكرون أن الصلح يعتبر بأقرب العقود إليه كما ذكرنا في البند ٩ من تطبيقات هذه القاعدة بمعنى أنه إن كان فيه معنى البيع بأن وقع عن مال بمال يعتبر بيعا وإن كان فيه معنى الإجارة بأن وقع عن مال بمنفعة يعتبر إجارة وهكذا وأما إذا لم يكن تطبيقه على عقد من العقود المعروفة فإنه يبقى صلحا محضا لقطع المنازعة

ولكن قد يقع الصلح على صورة تكون بالنسبة إلى أحد المتصالحين في معني البيع مثلا وبالنسبة إلى الآخر صلحا محضا لأنها ليست مبادلة في زعمه

ودعواه كما لو تصالحا والمدعى عليه منكر على أن يدفع المدعي إلى المدعى عليه مالا معينا ويأخذ منه العين المدعى بها فهذا في زعم المدعي صلح مع ض." (١)

"وفق المدعي بين تناقضه كما لو أقر أحد بأنه استأجر دارا ثم ادعى أنها ملكه فإن دعواه لا تسمع ولكن إذا إذا وفق _ كأن قال كنت مستأجرا ثم اشتريتها _ تسمع دعواه (ر المادتين ١٦٥٥ و ١٦٥٧ من المجلة)

(ب) وإن كان التناقض في الشهادة بأن رجع الشهود _ كما في مثال المادة السابقة _ فإنه يشترط أولا أن يكون رجوعهم في مجلس حاكم أي حاكم

شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:٤٠٥

كان فلو رجعوا خارج مجلس الحاكم لا يلتفت إلى رجوعهم مطلقا سواء كان قبل الحكم أو بعده (ر المادة ١٧٣١ من المجلة)

وأما لو رجعوا في حضوره فإن كان قبل الحكم بشهادتهم ترد لأنه لا يقضى بكلام متناقض ويعزرون ولا ضمان عليهم لأنهم لم يتلفوا بشهادتهم شيئا وإن كان بعد الحكم بها لا ينقض حكم الحاكم الذي صدر قبل الرجوع لأن كلامهم الثاني مثل الأول في احتمال الصدق فينظر حينئذ فيما يرجح أحد الكلامين على الآخر وقد ترجح الأول باتصال القضاء به والقضاء يصان عن الإلغاء ما أمكن فلا ينقض برجوعهم هذا ولكن يضمنون للمشهود عليه ما تلف بشهادتهم لأنهم لما رجعوا بعد القضاء فقد أقروا على أنفسهم بالإتلاف والإتلاف **سبب للضمان** وكونهم متناقضين لا ينافي مؤاخذتهم لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار كما لو أنكر الخصم ثم أقر فإنه يعمل بإقراره لأنه ليس بمتهم فيه (ر المرآة والدر المختار من باب الفضولي)

وكما يضمن الشهود بالرجوع بعد القضاء يضمنون إذا ذكروا في شهادتهم شيئا لازما للقضاء وقضي بها ثم ظهر الأمر بخلافه كما لو شهدوا لمن يحجب بغيره من الوراثة أنه وارث ثم ظهر أنه غير وارث وأن الوارث غيره فإن

---

(١) شرح القواعد الفقهية ـ للزرقا، ص/١٧

الوارث مخير بين تضمين الشهود أو المشهود له وكذلك لو شهدوا أن له عليه كذا فقضي عليه ثم برهن على إبراء الدائن فإن المقضي عليه مخير في تضمين الشهود أو المشهود له بخلاف ما لو شهدوا بقرض فقط فقضي عليه ثم برهن على الإبراء فإنه لا سبيل له على الشهود وإنما يضمن المشهود له." (١)

"كبناء وتجصيص وجعل الخصاف كري النهر من ذلك بخلاف كنس الدار وإلقاء التراب من الأرض وإن تيسرت الزراعة فيها (ر الدر وحواشيه من باب ما يجوز من الإجارة)

شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:٤٣٠

(القاعدة الخامسة والثمانون (المادة ٨٦) (الأجر والضمان لا يجتمعان)

(أولا _ الشرح)

الأجر أي بدل المنفعة والضمان وهو الغرامة لقيمة الشيء أو نقصانه لا يجتمعان إذا اتحدت جهتهما لأن الضمان إنما يكون بسبب التعدي والتعدي على مال الغير غصب له أو كالغصب ومنافع المغصوب غير مضمونة لأن المنافع معدومة وعند وجودها فهي أعراض غير باقية وإنما تقوم بعقد الإجارة على خلاف القياس لمكان الحاجة الضرورية إليها وعقد الإجارة لا يبقى مع صيرورة المستأجر ضامنا بل يرتفع إذ لا يمكن اعتباره مستأجرا أمينا وغاصبا ضمينا في آن واحد لتنافي الحالتين

قيدنا بقولنا إذا اتحدت جهتهما ليخرج ما إذا اختلفت جهتهما وذلك كما لو استأجر دابة لركوبه فركبها وأردف وراءه آخر ليستمسك بنفسه وكانت تطيق حمل الاثنين فعطبت بعد بلوغ المقصد فعليه كل الأجر ويضمن نصف قيمتها وذلك لعدم اتحاد جهة الأجر وجهة الضمان ولو كانت لا تطيق حمل الاثنين ضمن كل قيمتها (ر الدر المختار من الإجارة)

والظاهر أنه لا أجر عليه في صورة عدم إطاقتها لأنه حينئذ يعد غاصبا

---

(١) شرح القواعد الفقهية ـ للزرقا، ص/٢٤٩

للكل من الابتداء كما قالوه فيما إذا استأجرها ليحمل عشرة مخاتيم بر مثلا فحمل عليها أكثر دفعة واحدة فتلفت فإن كانت تطيق ما حملها ضمن بقدر الزيادة ووجب الأجر كله وإن كانت لا تطيق ضمن كل قيمتها ولا أجر عليه لصيرورته غاصبا وسيأتي الكلام عليه ها هنا في تنبيه خاص

شرح القواعد الفقهية ج:١ ص:٤٣١

(ثانيا _ التطبيق)

ثم إن الصور الممكنة التي تدور عليها المادة المذكورة عشر وذلك لأن التعدي الذي هو **سبب الضمان** إما أن يكون بعد استيفاء المنفعة المعقود عليها." (١)

"ص -٩٥-...أما إذا كانت واردة على سبيل الاستثناء فإنه لا يقدح على المختار خلافا لبعض المانعين من جواز تخصيص العلة سواء كانت العلة معلومة كمسألة الصاع في المصراة أو مظنونة كمسألة العرايا وهي بيع الرطب على رؤوس النخل بالتمر والعنب في الكرم بالزبيب فإنها واردة نقضا على تحريم الربا لأن العلة في تحريمه إما الطعم أو الكيل أو الفوت أو المال وكل منها موجود في العرايا وإنما لا يقدح ذلك في العلة لأنه إنما يعلم كونه ورد على سبيل الاستثناء إذا كان النقص لازما على جميع المذاهب كما ذكرناه في مسألة العرايا

وحينئذ يكون معارضا للإجماع فإنه منعقد على أن علة الربا أحد الأمور الأربعة والإجماع أقوى في الدلالة منه فيقدم عليه ويعمل بمقتضاه واعلم أن الإمام مثل الوارد على سبيل الاستثناء في المظنونة بمسألة العرايا وفي المعلومة بضرب الدية على العاقلة فإنها لا تنقض علمنا بأن من لم ينقدح على الجناية لم يؤاخذ بضمانها

وقد سبق الإمام بهذا المثال إمام الحرمين وغيره واعترض على التمثيل به بأنه عكس النقص لأنه أبدا الحكم بدون القلة وذلك أن الجناية سبب لوجوب الضمان وهنا وجب بدون الجناية وهو اعتراض غير منقدح لأن تقرير التمثيل ذلك أن يقال الجناية **سبب الضمان**

وقد تخلف الحكم في القاتل عمدا أو عمد خطأ مع وجود العلة وإن قرر على الوجه المذكور كان بمعنى أن يقول عدم الجناية سبب لعدم الضمان

---

(١) شرح القواعد الفقهية ـ للزرقا، ص/٢٦٧

وقد وجب هذا السبب في العاقلة مع تخلف عدم الضمان والمصنف اقتصر على التمثيل بمسألة العرايا لأنها واردة نقضا على علة مظنونة فإذا لم يقدح فيها لم يقدح في المعلومة بطريق الأولى وفي التمثيل بمسألة العرايا دقيقة أخرى وهي الإشارة إلى أن ما ورد مستثنى جاز أن يكون معقول المعنى كمسألة العرايا فإنها استثنيت رخصة وتسهيلا على المعسرين ولذلك يختص بها الفقراء على أحد قولين وهذا ما عليه الجمهور وأعني أن المستثنى يجوز أن يعقل له معنى وأن لا يعقل." (١)

"ص -٣٣١-...وأما لغير من هو عليه بالعين، كأن يشتري عبد زيد بمائة له على عمرو، ففيه قولان أظهرهما في الشرحين والمحرر والمنهاج: البطلان ؛ لأنه لا يقدر على تسليمه.

والثاني: يجوز كالاستبدال، وصححه في الروضة من زوائده.

وشرطه على ما قال البغوي ثم الرافعي: أن يقبض كل منهما في مجلس العقد ما انتقل إليه فلو تفرقا قبل قبض أحدهما، بطل العقد.

قال في المطلب: ومقتضى كلام الأكثرين خلافه، ثم ذكر فيه أن بيع الدين الحال على معسر أو منكر – ولا بينة له عليه – لا يصح جزما.

وكما لا يصح بيع الدين، لا يصح رهنه ولا هبته على الصحيح.

ما يجوز فيه الاستبدال، وما لا يجوز.

لا يجوز الاستبدال عن دين السلم لامتناع الاعتياض عنه ويجوز عن دين القرض وبدل المتلف مثلا، وقيمته وثمن المبيع والأجرة والصداق وعوض الخلع وبدل الدم قال الأسنوي: وكذا الدين الموصى به والواجب بتقدير الحاكم في المتعة أو **بسبب الضمان** وكذا زكاة الفطرة إذا كان الفقراء محصورين وغير ذلك.

قال: وفي الدين الثابت بالحوالة: نظر يحتمل تخريجه على أنها بيع أم لا، ويحتمل أن ينظر إلى أصله، وهو المحال به فيعطى حكمه.

وحيث جاز الاستبدال، جاز عن المؤجل حالا، لا عكسه.

ثم إن استبدل موافقا في علة الربا، شرط قبضه في المجلس لا تعيينه في العقد أو غيره، شرط تعيينه في المجلس لا في العقد ولا قبضه.

قال في المطلب: وعلى هذا فقولهم، إن ما في الذمة لا يتعين إلا بالقبض، محمول على ما بعد اللزوم. أما قبله: فيتعين برضاهما وينزل ذلك منزلة الزيادة والحط.

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا موافقا للمطبوع، ١٦١/١٥

قال الأسنوي: وهذا الذي قاله جيد، وهو يقتضي إلحاق زمن خيار الشرط في ذلك بخيار المجلس.

الخامس:

لا تجب فيه الزكاة إن كان ماشية، وعللوه بأن السوم شرط وما في الذمة لا يوصف به. واستشكله الرافعي: بأن المسلم في اللحم يذكر أنه من راعية أو معلوفة، فكما يثبت في الذمة لحم راعية، فلتثبت الراعية نفسها.." (١)

"عندنا يثبت من وقت الغصب ولهذا نفذ بيع الغاصب وسلم الكسب له قال المصنف "والمختار: الغصب عند الفوات سبب الضمان مقصودا جبرا" للفائت رعاية للعدل "فاستدعى" كونه سبب الضمان "تقدم الملك فكان" الغصب "سببا له" أي الملك "غير مقصود بل بواسطة سببيته" أي الغصب "لمستدعيه" أي الملك وهو الضمان "وهذا قولهم" أي الحنفية "في الفقه: هو" أي الغصب "بعرضية أن يصير سببا" لملك المغصوب "لا يقال لا أثر للعلة البعيدة" في الحكم "فيصدق نفي سببيته" أي الغصب "للملك" لأنه السبب البعيد له وحينئذ "فالحق الأول" أي كون السبب له أمرا آخر، هو الضمان لا نفس الغصب؛ لأنا نقول: ليس الحق الأول بناء على هذا "لأن" نفي السببية للملك "الصادق" على الغصب هو نفي السببية "المطلق" أي للملك المطلق "وسببيته" أي الغصب للملك إنما هو "بقيد كونه" أي الملك "غير مقصود منه" أي الغصب بل إنما ثبت للقضاء بالقيمة. "ولولاه" أي ملك الغاصب للمغصوب "لم يصح" أي لم ينفذ "بيع الغاصب" له قبل الضمان لانتفاء ما عدا الملك من شروط النفوذ وحيث انتفى الملك أيضا فقد انتفى شرط النفوذ مطلقا لكنه نافذ، فالملك ثابت له، فإن قيل: يشكل بعدم نفوذ عتقه، قيل: لا، لأن المستند ثابت من وجه دون وجه فيكون ناقصا، والناقص يكفي لنفوذ البيع لا." (٢)

""ويرد" عدم جواز كون العدمي علة للعدمي "نقضا من الأكثر على" دليل "الطائفة" القائلين بعدم جواز كون العدمي علة لوجودي وجواز كونه علة لعدمي "وكون العدم نفسه المناسب لم يتحقق والمناسب في المثال" المذكور "الكفر وهو" أي الكفر "اعتقاد قائم وجودي ضد الإسلام ويستلزم" الكفر "عدمه" أي الإسلام "كما هو شأن الضدين في استلزام كل عدم الآخر فالإضافة" للقتل "فيه" أي في المثال "إلى العدم" أي عدم الإسلام إنما هو "لفظا" وإلا ففي التحقيق ما هو مضافا إلا إلى الأمر الوجودي الذي هو الكفر غير أنه تجوز بالإضافة إلى لازمه "ويطرد" ما قلنا من كون إضافة الحكم إلى العدم لفظا فقط "في عدم علة

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا موافقا للمطبوع، ٦/١٧

(٢) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا موافقا للمطبوع، ٣٣٩/٢٢

ثبت اتحادها لعدم حكمها كقول محمد في ولد المغصوب لا يضمن لأنه لم يغصب" فإن الغصب سبب معين للضمان والخلاف لم يقع في مطلق الضمان بل في ضمان الغصب هل يجب في زوائد المغصوب أم لا فصح تعليل عدم وجوب الضمان في الولد بعدم الغصب إذ لا سبب للضمان هنا إلا هو فعدمه دليل عدم وجوب ضمان الغصب ضرورة "وأبي حنيفة" ومحمد أيضا "في نفس خمس العنبر لم يوجف عليه" أي لم يعمل المسلمون خيلهم وركابهم في تحصيله فإن سبب وجوب الخمس فيه واحد بالإجماع وهو الإيجاف بالخيل والركاب." (١)

"ص -٣٧٧-...الظاهر على خلاف الباطن، ولم يكن له على ذلك دليل، وليس بمقصود١ في أمر الحاكم، ولا ينقض الحكم٢ -إذا كان له مساغ ما- بسبب أمر آخر، وهو أن الفسخ يؤدي إلى ضد ما نصب له الحاكم، من الفصل بين الخصوم ورفع التشاجر؛ فإن الفسخ ضد٣ الفصل.

وأما قسم الممنوع؛ فإن ثبوت تلك الأحكام إنما نشأ من الحكم بالتصحيح لذلك النكاح بعد الوقوع، لا من جهة كونه فاسدا، حسبما هو مبين في موضعه٤، والبيوع الفاسدة من هذا النوع؛ لأن لليد القابضة هنا حكم الضمان شرعا، فصار القابض كالمالك للسلعة بسبب الضمان لا بسبب العقد، فإذا فاتت عينها؛ تعين المثل أو القيمة، وإن بقيت على غير تغير ولا وجه من وجوه الفوت؛ فالواجب ما يقتضيه النهي من الفساد، فإذا حصل فيها تغير أو نحوه مما ليس بمفيت للعين؛ تواردت أنظار المجتهدين: هل يكون ذلك في حكم الفوت جملة بسبب التغير أم لا؟ فبقي حكم المطالبة بالفسخ، إلا أن في المطالبة بالفسخ حملا على صاحب السلعة إذا ردت عليه متغيرة٥ مثلا، كما

---

١ أي: وليس بمقصود في توليته الحكم أن يخطئ، ولكن الخطأ جاء تابعا ولاحقا، وهو مفسدة ليست بناشئة عن نفس توليته القضاء، ولكنها نشأت عن أمر آخر وهو تقصيره في النظر أو استبهام الأمر عليه، فقد يصادفه أن ظاهر الأمر الذي يمكنه الاطلاع عليه غير باطنه الذي يعسر الاطلاع عليه؛ فلا يكلف به. "د".

٢ هذه فائدة جديدة لا يتوقف عليها البيان المطلوب، وهو أن المصلحة التي شرع لها تنصيب القاضي قد يكون في طريقها مفسدة طرأت بسبب آخر. "د".

٣ في "م" زيادة: "هذا" بين المعقوفتين.

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا موافقا للمطبوع، ٢٥/٤٤٣

٤ وسيأتي في موضوع مراعاة الخلاف بعد الوقوع والنزول؛ حتى إن المجتهد يتغير رأيه ويجعل للواقعة بعد النزول حكما ما كان يقول به قبله. "د".

٥ أي: بنقص، أما بزيادة؛ فيكون الحمل -لو ردت- على المشتري من هذه الجهة، ومن الجهة التي أشار إليها المؤلف. "د".." (١)

"ص -٢٧٩-...طار الطير لم يضمن١ لأن الخروج والطيران كان باختيار من الطير والدابة لا بقوة حدثت من الفتح أوجبت له الاختيار ولا بإلجاء الدابة إليه ليفسد الاختيار بالكره ولا يلزمنا على هذا المحرم إذا دل على صيد حيث يضمن لأن الدلالة سبب محض في حق جناية الأخذ ولا ضمان عليه من حيث الأخذ للصيد ولكنه يضمن من حيث أزال أمنه عن الاصطياد وقد لزمه بالإحرام أن لا يزيل أمنه فتكون الإزالة جناية عليه كما يكون ترك الحفظ من المودع جناية على الوديعة يضمن به ويضمن في مسألة الدلالة من حيث إنه جنى بالدلالة على إحرامه فإن أزال الأمن عنه لأن أمنه بسبب تواريه عن العيون فأما بعد العلم بمكانه فلا ينجيه إلا الفرار على خوف ولهذا قلنا: إن حافر البئر لا يضمن الكفارة٢ ولا يحرم الإرث٢ لأنهما يجبان جزاء بإزاء فعل القتل مباشرة والمباشرة من الحافر في حفره وقد انقضى قبل الاتصال بالساقط وإنما اتصل به عمق حادث بفعله فصار يشبه سقوطا للعمق الحادث بفعله إلا انه شرط لسقوطه لأنه علة لسقوطه فسقوطه سبب ثقله الذى لا يحمله الهواء والأرض كانت تحمله ولما صار العمق الحادث بفعله شرطا للتلف والكفارة جزاء علة التلف لم يضمن صاحب الشرط وأما ضمان التالف ليس بجزاء علة التلف لينعدم بعدمها بل إنما يضمن التالف لوجود تلف مضاف إليه والحكم إلى الشرط مضاف وجودا وإن لم يضف إليه وجوبا وإذا اضيف إليه ضمن إلا أنه إذا اجتمع علة التلف مع شرط التلف وصلح كل واحد منهما أن يجعل سبب ضمان كانت الإضافة إلى العلة أولى وها هنا العلة ثقله أو شبه وذاك لا يصلح سبب الضمان لأنه ليس بتعد فوجبت الإضافة إلى صاحب الشرط.." (٢)

"الوجه وأجيب بأنها لم تثبت مسببة عن الزنا من حيث ذاته بل من حيث أنه سبب للماء الذي هو سبب المعصية الحاصلة بالولد الذي هو مستحق للكراهة ومنها حرمة المحارم إلى آخر ما ذكروا في محله وفيه ما فيه وأشار إليه بقوله (وثبوت حرمة المصاهرة عنده) أي الزنا (بأمر آخر) لا بالزنا (كثبوت ملك الغاصب عند زوال الاسم وتقرر الضمان فيما يجب بملك)

---

(١) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا موافقا للمطبوع، ١٩/٣٥

(٢) موسوعة أصول الفقه (١٨) مؤلفا موافقا للمطبوع، ٣٣/٥٢

شبهة جواب هذا الإشكال بجواب إشكال آخر وهو أن الغصب تعد على الغير فله جهة قبح لم يرجح عليها غيرها وقد جعلوه مشروعا بعد النهي حيث جعلوه سببا للملك المغصوب إذ تصرف فيه الغاصب تصرفا به تغير بحيث زال اسمه وكان ذلك المغصوب مما يصح تملكه احترازا عن نحو المدبر والملك نعمة وذلك أنه لم يثبت بعين الغصب بل بأمر آخر وهو أن لا يلزم اجتماع البدلين في ملك المغصوب منه إن قلنا يبقى ملكه في عين المغصوب عند تقرر الضمان وصيرورة قيمته دينا في ذمة الغاصب وفي المبسوط ولكن هذا غلط لأن الملك عندنا يثبت من وقت الغصب ولهذا يقع بيع الغاصب ويسلم الكسب له انتهى وقد يقال ثبوته من وقت الغصب بطريق الاستناد وهو لا ينافي ثبوته عند زوال الاسم وإليه أشار المصنف رحمه الله إلى رد ما ذكر من أن سبب الملك غير الغصب أمر آخر بقوله (والمختار) أن (الغصب عند الفوات سبب الضمان مقصودا جبرا) للفائت رعاية للعدل يعني لا نقول سبب الملك أمر آخر غير الغصب بل إنما هو الغصب لكن عند الفوات فالفوات شرط والسبب هو الغصب وطريق سببيته أنه قصد أولا سببيته للضمان جبرا (فاستدعى) كون سبب الضمان (تقدم الملك) أي ملك المغصوب للغاصب لأنه مع بقائه في ملك المغصوب منه لا يمكن إثبات الضمان في ذمة الغاصب لما ذكر (فكان) الغصب (سببا له) أي للملك (غير مقصود) سببيته بالذات (بل بواسطة سببيته) أي الغصب (لمستدعيه) أي الملك وهو الضمان (وهذا قولهم) أي حاصل قول الحنفية (في الفقه هو)." [١]

"وفيه نظر، لأنه(١) في المسألة الأولى أقر بالأخذ وهو سبب للضمان، وادعى على المالك البراءة من الضمان فلم يصدق بقوله، وفي الثانية ما أقر بالأخذ بل قال أعطيتنيها(٢) وديعة،فلهذا لم يضمن(٣).

○ تتمة:

---

(١) في (ب) لأن.

(٢) في (ب) أعطيتها.

(٣) لأن يد الوديع يد أمانة لا ضمان إلا بالتعدي أو بالتقصير واشتراط الضمان على الأمين باطل. ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٥/٧٦، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٤١٩، ومغني

---

[١] تيسير التحرير، ١/٤٨٢

المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للشربيني ٤/١٢٥، والإنصاف في مسائل الخلاف للمرداوي ٦/٣١٦.." (١)

"وقوله: بخلاف القطع الخ.أي [فإن](١) القول فيه لها كما سيصرح به المصنف، ويضمن المقر عندهما لأنه أقر **بسبب الضمان** ثم ادعى البراءة، وهي تنكر «درر»(٢) وقال "محمد": القول للمقر ولا يضمن إلا شيئا قائما بعينه غير مستهلك/(٣)، فإنه يؤمر برده إلى المقر لها(٤)، والحاصل أن هذه/(٥) المسائل على ثلاث أوجه:

- في وجه يكون القول قول المولى: وهو ما إذا أخذ الغلة أو وطئها.
- وفي وجه يكون القول قول الجارية: وهو ما إذا أقر المولى أنه أخذ منها مالا وهو قائما بعينه في يده.
- وفي وجه اختلفوا: وهو ما إذا استهلك مالها أو قطع يدها، وقد اتفقوا على أصلين: أحدهما أن الاستناد(٦) إلى حالة منافية للضمان يوجب سقوط المقر به، والآخر أن من أقر **بسبب الضمان** ثم ادعى ما يبرئه لا يسمع منه إلا بحجة.

فالوجه الأول مخرج على الأصل الأول بالاتفاق، والوجه الثاني مخرج على الأصل

....

الثاني بالاتفاق، والوجه الثالث خرجه "محمد" على الأول وهما على الثاني كذا بخط "شيخنا" عن « العناية(٧)»(٨).

---

(١) ما بين المعقوفين ساقط من (ب).

(٢) درر الحكام شرح غرر الأحكام لمنلا خسرو ٢/١١٦.

(٣) بداية ٢٣٢ /ب من النسخة (أ).

(٤) ينظر: شرح السير الكبير للسرخسي ٥/١٩٣، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٣/٢٣١.

(٥) بداية ٢٤٤ من النسخة (ج).

(٦) في (ب)، (ج) الاسناد.

(٧) «العناية»: للشيخ أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي الحنفي المتوفى سنة ٧٨٦ هـ، ذكر في أوله كتاب النهاية، وعسرة استحضارها في الدرس؛ لبعض إطناب فيه، وأنه اختصره على ما يحتاج إليه من حل

---

(١) تحقيق الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص/١٦٧

ألفاظ الهداية، فجمع منه ومن غيره، واجتهد في تنقيحه وتهذيبه، وسماه: «العناية» لحصوله بعون الله سبحانه وتعالى. كشف الظنون لحاجي خليفة ٢/٢٠٣٥.

(٨) العناية شرح الهداية للبابرتي ١٠/٣٥١.." (١)

"لمحمد أنه أسند الفعل إلى حالة منافية للضمان فلا يؤاخذ به،كما لو أقر بالقذف مسند إلى حالة الصبا/(١)، ولهما أنه أقر **بسبب الضمان** وهو الأخذ والقطع وأسنده إلى حالة لا ينافيها الضمان بالكلية بل قد يجامعها؛لأن إتلاف مال الحربي يكون/(٢) سببا للضمان في الجملة،كما إذا كان مستأمنا وأودع ماله عند مسلم،وعاد فأتلفه المسلم يضمن، وقطع المولى يد عبده قد يكون مضمونا إذا كان مديونا أو مرهونا، ولا كذلك حالة الصبا؛ لأنها منافية للإقرار قيد بالضمان لأن المأخوذ لو كان/(٣) قائما في يد المقر يؤمر بالرد إلى المقر له اتفاقا لأنه

ومما فرع عليه لو اشترى عبدا، ثم ظهر أنه كان مريضا ومات عند المشتري فإنه لا يرجع بالثمن ؛ لأن المرض يتزايد فيحصل الموت بالزائد فلا يضاف إلى السابق لكن◌ يرجع بنقصان العيب كما ذكره الزيلعي.

وليس من فروعها ما لو إذا تزوج أمة ثم اشتراها، ثم ولدت ولدا يحتمل أن يكون حادثا بعد الشراء، أو قبله فإنه لا شك عندنا في كونها أم ولد لا من جهة أنه حادث أضيف إلى أقرب أوقاته

١٧٠= لأنها لو ولدت قبل الشراء ملكها فتصير أم ولده عندنا

(١) بداية ٩٥/ب من النسخة (ب).

(٢) بداية ١١٢/أ من النسخة (د).

(٣) بداية ٢٤٧ من النسخة (جـ).." (٢)

"ص -٣٧٧-...الظاهر على خلاف الباطن، ولم يكن له على ذلك دليل، وليس بمقصود١ في أمر الحاكم، ولا ينقض الحكم٢ -إذا كان له مساغ ما- بسبب أمر آخر، وهو أن الفسخ يؤدي إلى ضد ما نصب له الحاكم، من الفصل بين الخصوم ورفع التشاجر؛ فإن الفسخ ضد٣ الفصل.

وأما قسم الممنوع؛ فإن ثبوت تلك الأحكام إنما نشأ من الحكم بالتصحيح لذلك النكاح بعد الوقوع، لا من جهة كونه فاسدا، حسبما هو مبين في موضعه٤، والبيوع الفاسدة من هذا النوع؛ لأن لليد القابضة هنا

(١) تحقيق الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص/٢٠٩

(٢) تحقيق الأشباه والنظائر لابن نجيم، ص/٢١٥

حكم الضمان شرعا، فصار القابض كالمالك للسلعة **بسبب الضمان** لا بسبب العقد، فإذا فاتت عينها؛ تعين المثل أو القيمة، وإن بقيت على غير تغير ولا وجه من وجوه الفوت؛ فالواجب ما يقتضيه النهي من الفساد، فإذا حصل فيها تغير أو نحوه مما ليس بمفيت للعين؛ تواردت أنظار المجتهدين: هل يكون ذلك في حكم الفوت جملة بسبب التغير أم لا؟ فبقي حكم المطالبة بالفسخ، إلا أن في المطالبة بالفسخ حملا على صاحب السلعة إذا ردت عليه متغيرة٥ مثلا، كما

---

١ أي: وليس بمقصود في توليته الحكم أن يخطئ، ولكن الخطأ جاء تابعا ولاحقا، وهو مفسدة ليست بناشئة عن نفس توليته القضاء، ولكنها نشأت عن أمر آخر وهو تقصيره في النظر أو استبهام الأمر عليه، فقد يصادفه أن ظاهر الأمر الذي يمكنه الاطلاع عليه غير باطنه الذي يعسر الاطلاع عليه؛ فلا يكلف به. "د".

٢ هذه فائدة جديدة لا يتوقف عليها البيان المطلوب، وهو أن المصلحة التي شرع لها تنصيب القاضي قد يكون في طريقها مفسدة طرأت بسبب آخر. "د".

٣ في "م" زيادة: "هذا" بين المعقوفتين.

٤ وسيأتي في موضوع مراعاة الخلاف بعد الوقوع والنزول؛ حتى إن المجتهد يتغير رأيه ويجعل للواقعة بعد النزول حكما ما كان يقول به قبله. "د".

٥ أي: بنقص، أما بزيادة؛ فيكون الحمل -لو ردت- على المشتري من هذه الجهة، ومن الجهة التي أشار إليها المؤلف. "د".." (١)

"٣. قال في باب الإقرار بالرق، بنى الباب على أصلين: أحدهما: (إن إقرار الإنسان يقتصر عليه، ولا يتعدى إلى غيره، إلا ما كان من ضرورات المقر به، لقيام ولايته على نفسه، وعدم ولايته على غيره).

والثاني: (إن الثابت بحكم الظاهر يجوز إبطاله بدليل أقوى منه).

٤. قال في (باب ما يصدق الرجل إذا أقر أنه استهلك من مال العبد والحربي وما لا يصدق): (بنى الباب على: إن كل من أنكر حقا على نفسه، كان القول قوله، لأنه متمسك بالأصل وهو فراغ الذمة، ومن أقر **بسبب الضمان** وادعى ما يسقطه لا يصدق إلا بحجة، لأن صاحبه متمسك بالأصل في إبقاء ما كان).

ومن القواعد التي قد تكرر استعمالها في مواضع من الشرح كما يلي:

---

(١) الموافقات. ط ابن عفان - مشهور حسن، ١٩/٣

٥. (الظاهر يصلح حجة للدفع دون الاستحقاق).
٦. (الحادث يحال بحدوثه إلى أقرب الأوقات).
٧. (إن البينة حجة يجب العمل بها ما أمكن).
والملحوظ هنا أنه عبر عن القاعدة بكلمة الأصل باعتبار ما يتفرع عليه من فروع وجزئيات.
ومن نماذج تلك الأصول والقواعد عند الحصيري في (التحرير شرح الجامع الكبير) ما يلي:
١. (باب من الطهر إلى الوضوء والثوب وغير ذلك) بدأه بقوله: (أصل الباب أن ترك القياس في موضع الحرج والضرورة جائز، لأن الحرج منفي ومواضع الضرورات مستثناة من قضيات الأصول).
٢. باب صلاة العيدين: استهل الكلام فيه بقوله: (أصل الباب أن رأي المجتهد حجة من حجج الشرع، وتبدل رأي المجتهد بمنزلة انتساخ البعض يعمل به في المستقبل، لا فيما مضى).
٣. جاء في صدر (باب الصيام والاعتكاف): (أصل الباب أن موجب اللفظ يثبت باللفظ ولا يفتقر إلى النية، ومحتمل اللفظ لا يثبت إلا بالنية، وما لا يحتمله لفظه لا يثبت وإن نوى).." (١)

"وإذا رد المشتري حيوانا أو سيارة، أو دارا بخيار العيب بعد قبضه واستعماله غير عالم بالعيب، وكان قد استعمل المشتري مدة، بنفسه أو آجره من غيره وقبض أجرته، لا يلزم رد ذلك للبائع معه لكونه في ضمان المشتري، لأنه لو كان تلف في يده قبل الرد لكان تلفه عليه ومن ماله، أما لو كان المشتري عالما بالعيب واستعمل المبيع بعد إطلاعه عليه فيسقط خياره ولا يحق له الرد.
ما يرد هذه القاعدة:
يرد على هذه القاعدة سؤالان:
السؤال الأول: إذا كان الخراج في مقابلة الضمان فكان يجب أن تكون الزوائد قبل قبض المبيع من قبل المشتري للبائع لا للمشتري؛ لأن المبيع قبل قبض المشتري على ضمان البائع، تم العقد أو انفسخ، لكونه من ضمانه، ومع ذلك لم يقل بهذا أحد، لأن الزوائد من حق المشتري هنا.
الجواب: إن علة جعل الزوائد هنا من حق المشتري أن المبيع هنا أصبح مملوكا للمشتري، فالزوائد هي زوائد ملكه، وأما بعد القبض فإن حق المشتري يتأكد في الزوائد بعلة الملك والضمان معا.
واقتصر في الحديث على التعليل بالضمان؛ لأنه أظهر عند البائع وأقطع لطلبه وأدفع لاستنكاره أن الخراج للمشتري.

---

(١) الوجيز في أصول الفقه للبورنو، ٣٩/١

السؤال الثاني: إنه لو كانت علة الخراج **بسبب الضمان** للزم أن تكون زوائد المغصوب للغاصب؛ لأن الغاصب يضمن ما غصب، وبهذا احتج أبو حنيفة رحمه الله وقال: إن الغاصب لا يضمن منافع المغصوب، فهو هنا مع ظاهر الحديث.

والجواب على ذلك: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالخراج في ضمان الملك لا لمجرد الضمان، وجعل الخراج لمن هو مالكه فعلا، إذا تلف تلف على مالكه وهو المشتري، والغاصب لا يملك المغصوب، وبأن الخراج: وهو المنافع جعلها لمن عليه الضمان، ولا خلاف أن الغاصب لا يملك المنافع بل إذا أتلفها فالخلاف في ضمانها عليه.

والتعليل إن الخبث إذا كان لعدم الملك فإن الربح لا يطيب، فربح الغاصب من المغصوب، والأمين من الأمانة من هذا الباب، فلا يحل للغاصب ولا للأمين.." (١)

"..

وفيه نظر، لأنه(( )في (ب) لأن.) في المسألة الأولى أقر بالأخذ وهو **سبب للضمان**، وادعى على المالك البراءة من الضمان فلم يصدق بقوله، وفي الثانية ما أقر بالأخذ بل قال أعطيتنيها(( )في (ب) أعطيتها.) وديعة،فلهذا لم يضمن(( )لأن يد الوديع يد أمانة لا ضمان إلا بالتعدي أو بالتقصير واشتراط الضمان على الأمين باطل. ينظر: تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٥/٧٦، وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير ٣/٤١٩، ومغني المحتاج إلى معرفة ألفاظ المنهاج للشربيني ٤/١٢٥، والإنصاف في مسائل الخلاف للمرداوي ٦/٣١٦.).

تتمة:." (٢)

"لأن الظاهر كونهما حال الرق «درر»(( )درر الحكام شرح غرر الأحكام لمنلا خسرو ٢/١١٦.). فيكون الإسناد إلى حالة منافية للضمان؛ لأن السيد يملك وطء أمته المديونة، ولا يجب عليه العقر(( )العقر: من معاني العقر لغة: المهر وهو للمغتصبة من الإماء كمهر المثل للحرة.والعقر: ماتعطاه المرأة على وطء الشبه،وأصله: أن واطئ البكر يعقرها إذا افتضها، فسمي ما تعطاه للعقر عقرا. ثم صار عاما لها وللثيب واصطلاحا: نقل ابن عابدين عن الجوهرة أن العقر: في الحرائر مهر المثل، وفي الإماء عشر القيمة لو بكرا، ونصف العشر لو ثيبا. ينظر: المغرب لابن المطرزي /٣٢٣/، التعريفات للجرجاني /١٩٦/، رد المحتار

---

(١) الوجيز في أصول الفقه للبورنو، ٢/٦٨

(٢) دراسة وتحقيق قاعدة (اليقين لا يزول بالشك) من عمدة الناظر، ٢/١٧٧

على الدر المختار لابن عابدين ١٠١/٣.)، وكذا له الأخذ من غلتها بخلاف

....

القطع، فإنه لم يسنده إلى حالة منافية للضمان؛ لأنه إذا قطع يدها وهي مديونة ضمنها كذا بخط "شيخنا". وقوله: بخلاف القطع الخ.أي [فإن](( )ما بين المعقوفين ساقط من (ب).) القول فيه لها كما سيصرح به المصنف، ويضمن المقر عندهما لأنه أقر **بسبب الضمان** ثم ادعى البراءة، وهي تنكر «درر»(( )درر الحكام شرح غرر الأحكام لمنلا خسرو ١١٦/٢.) وقال "محمد": القول للمقر ولا يضمن إلا شيئا قائما بعينه غير مستهلك/(( )بداية ٢٣٢ /ب من النسخة (أ).)، فإنه يؤمر برده إلى المقر لها(( )ينظر: شرح السير الكبير للسرخسي ١٩٣/٥، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق للزيلعي ٢٣١/٣.)، والحاصل أن هذه/(( )بداية ٢٤٤ من النسخة (ج).) المسائل على ثلاث أوجه:

– في وجه يكون القول قول المولى: وهو ما إذا أخذ الغلة أو وطئها.

– وفي وجه يكون القول قول الجارية: وهو ما إذا أقر المولى أنه أخذ منها مالا وهو قائما بعينه في يده.." (١)

"– وفي وجه اختلفوا: وهو ما إذا استهلك مالها أو قطع يدها، وقد اتفقوا على أصلين: أحدهما أن الاستناد(( )في (ب)، (ج) الاسناد.) إلى حالة منافية للضمان يوجب سقوط المقر به، والآخر أن من أقر **بسبب الضمان** ثم ادعى ما يبرئه لا يسمع منه إلا بحجة.

فالوجه الأول مخرج على الأصل الأول بالاتفاق، والوجه الثاني مخرج على الأصل

....

الثاني بالاتفاق، والوجه الثالث خرجه "محمد" على الأول وهما على الثاني كذا بخط "شيخنا" عن « العناية(( )«العناية»: للشيخ أكمل الدين محمد بن محمود البابرتي الحنفي المتوفى سنة ٧٨٦ هـ، ذكر في أوله كتاب النهاية، وعسرة استحضارها في الدرس؛ لبعض إطناب فيه، وأنه اختصره على ما يحتاج إليه من حل ألفاظ الهداية، فجمع منه ومن غيره، واجتهد في تنقيحه وتهذيبه، وسماه: «العناية» لحصوله بعون الله سبحانه وتعالى. كشف الظنون لحاجي خليفة ٢٠٣٥/٢.)»(( )العناية شرح الهداية للبابرتي ٣٥١/١٠.).

واعلم أن معنى ما ذكره "ملا مسكين"(( )حاشية أبي السعود على ملا مسكين ٥١٠/٣.) بقوله: ((ولا

---

(١) دراسة وتحقيق قاعدة (اليقين لا يزول بالشك) من عمدة الناظر، ٢٢٤/٢

يضمن شيئا بالاتفاق))، أي لا يضمن العقر ولا الغلة/(( )بداية ٩٤/ب من النسخة (ب).) [بالنسبة للغلة](( )ما بين المعقوفين ساقط من (أ).) المستهلكة، والحاصل، أنه إذا حمل ما ذكره "ملا مسكين"(( )حاشية أبي السعود على ملا مسكين٣/٥١٠.) من أن المولى لا يضمن شيئا بالاتفاق على المستهلك من الغلة، وحمل ما ذكره في «العناية» من كونهم اختلفوا في كون المستهلك من مالها هل يضمن أو لا على المستهلك من الاكتساب حصل التوفيق والتقييد/(( )بداية ١١١/ أ من النسخة (د).) بالمستهلك للاحتراز عن القائم بعينه فإن المولى يلزمه رده اتفاقا سواء كان من الغلة أو من الاكتساب، وسيأتي لهذا مزيد بيان.." (١)

"أي لو أقر مسلم بمال حربي أي بأخذ ماله في الحرب أي في دار الحرب(( )دار الحرب: هي بقعة تكون أحكام الكفر فيها ظاهرة. ينظر: درر الحكام شرح غرر الأحكام لمنلا خسرو ١/٢٩٥، الأحكام السلطانية للماوردي /١٧٥/، الآداب الشرعية والمنح المرعية لابن مفلح ١/١٩٠.) أو بقطع، أي لو أقر المولى بقطع يد معتقه قبل العتق فكذبوه في الإسناد أي في إسناد الأفعال إلى ما ذكر من الزمان بأن قال: أخذت مالي بعد إسلامي، [وقال الآخر: أتلفت خمري قبل إسلامي، وقال الآخر أخذت مالي بعد إسلامي](( )ما بين المعقوفين ساقط من (أ)، (ب).) ، وقال المعتق: قطعت يدي بعد العتق. أفتى "محمد" بعدم الضمان في الكل، أي في كل هذه الأقادير المذكورة، وقال لا يضمن(( )ينظر: المبسوط للسرخسي ١٨/١٧٠.).

لمحمد أنه أسند الفعل إلى حالة منافية للضمان فلا يؤاخذ به،كما لو أقر بالقذف مسند إلى حالة الصبا/(( )بداية ٩٥/ب من النسخة (ب).)، ولهما أنه أقر **بسبب الضمان** وهو الأخذ والقطع وأسنده إلى حالة لا ينافيها الضمان بالكلية بل قد يجامعها؛لأن إتلاف مال الحربي يكون/(( )بداية ١١٢/أ من النسخة (د).) سببا للضمان في الجملة، كما إذا كان مستأمنا وأودع ماله عند مسلم،وعاد فأتلفه المسلم يضمن، وقطع المولى يد عبده قد يكون مضمونا إذا كان مديونا أو مرهونا، ولا كذلك حالة الصبا؛ لأنها منافية للإقرار قيد بالضمان لأن المأخوذ لو كان/(( )بداية ٢٤٧ من النسخة (ج).) قائما في يد المقر يؤمر بالرد إلى المقر له اتفاقا لأنه

ومما فرع عليه لو اشترى عبدا، ثم ظهر أنه كان مريضا ومات عند المشتري فإنه لا يرجع بالثمن ؛ لأن

---

(١) دراسة وتحقيق قاعدة (اليقين لا يزول بالشك) من عمدة الناظر، ٢/٢٢٥

المرض يتزايد فيحصل الموت بالزائد فلا يضاف إلى السابق لكن يرجع بنقصان العيب كما ذكره الزيلعي.." (١)

" صفحة رقم ٦٢

وإتلافه . وأجيب بأن ذلك غير تكليف ، بل من قبيل الأسباب ؛ كقتل الطفل وإتلافه .

' قالوا :) لا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى ([سورة النساء : الآية ٤٣] . . . .

" هامش "

' وأجيب بأن ذلك ' الأمر المجرى على السكران ' غير تكليف ، بل من قبيل الأسباب ' ، وذلك من باب خطاب الوضع ، فطلاقه سبب الفراق ، وقتله سبب القصاص ، وإتلافه سبب الضمان ' كقتل الطفل وإتلافه ' ، فإنه **سبب للضمان** والغرامة .

ولك أن تقول : لو كان كالطفل لما وجب عليه قصاص ، ولاختلف في أن عمده عمد ، أو خطأ .

بل قال القفال ومن تابعه كالبغوي : إنه لا خلاف في الطفل الذي لا تمييز له أن عمده ليس بعمد بل خطأ ، وإنما الخلاف في صبي يعقل عقل مثله .

الشرح : ' قالوا ' : قوله :) ولا تقربوا الصلاة وأنتم سكارى ([سورة النساء : الآية ٤٣] دليل على خطاب الغافل إذا وجه النهي نحوه حالة السكر .

' قلنا : يجب تأويله ، إما ' بأن يقال : وقع النهي عن السكر عند إرادة الصلاة تشبيها ' بمثل ما يقال : ' لا تمت وأنت ظالم ' ، وعلى عكسه قوله تعالى :) ولا تموتن إلا وأنتم مسلمون ([سورة آل عمران : الآية ١٠٢] . ' وأما على أن المراد الثمل ' ، وهو الذي تدب فيه أوائل الطرب دون الطافح الخارج عن قضية التمييز ، ونهى عن الصلاة حينئذ مع حضور عقله ، لأن مبادئ الطرب ' تمنع ' الخشوع ' والتثبت كالغضب ' ويؤيده قوله تعالى :) حتى تعلموا ما تقولون ([سورة النساء : الآية ٤٣] .

---

(١) دراسة وتحقيق قاعدة (اليقين لا يزول بالشك) من عمدة الناظر، ٢/٢٣٠

ولو قال المصنف : النشوان بدل الثمل كان أولى ، فإن الثمل والطافح سواء ، وهو من أخذ منه الشراب .." (١)

"لوجود السبب **-سبب الضمان-** هل هو عالم بما فعل؟ الجواب: لا. كيف؟

نقول: هذا ليس من خطاب التكليف .. وجوب الضمانات والأروش هذه ليست من خطاب التكليف، وإنما هي من خطاب الوضع، فمتى ما وجد السبب سواء كان عالما أو لا نقول: تعين.

إذا: ﴿فكالنائم يتلف شيئا حال نومه، والرامي إلى صيد في ظلمة﴾ رمى شيئا فأصاب إنسانا، حينئذ لم يعلم به فقتله، يضمن أو لا يضمن؟ يضمن، هو عالم بأنه سيقتله أو أنه قتله؟ الجواب: لا، كيف ضمن؟

نقول: هذا ليس من قبيل الحكم التكليفي وإنما هو من قبيل الحكم الوضعي، فلا يشترط فيه علمه.

﴿أو من وراء حائل، فيقتل إنسانا، فإنهما يضمنان﴾ يعني: النائم والرامي ﴿وإن لم يعلما﴾.

إذا: العلم ليس شرطا في الحكم الوضعي.

﴿وكالمرأة تحل بعقد وليها عليها﴾ ولو لم تعلم.

يعني: الولي له -على قول- أن يزوج ابنته دون علمها إذا كانت بكرا، فحينئذ إذا كان كذلك قد حصل الحل بالعقد وهو سبب دون علم الزوجة، كيف ذاك؟ نقول: لكونه حكما وضعيا فلا يشترط فيه العلم.

وكذلك: ﴿تحرم بطلاق زوجها، وإن كانت غائبة﴾ لا يشترط العلم، ومثله الرجعة، تعود ولا يشترط فيها العلم

﴿وإن كانت غائبة لا تعلم ذلك.

وأما عدم اشتراط القدرة﴾.

إذا: في الأمثلة السابقة ترتبت الأحكام الشرعية الوضعية مع انتفاء العلم، ولا إشكال في ذلك، لماذا؟ لأن العلم ليس شرطا في صدق الحكم الوضعي، وإن كان شرطا في صدق الحكم التكليفي.

﴿وأما عدم اشتراط القدرة والكسب: فكالدابة تتلف شيئا﴾ فيضمن صاحبها بشرطه.

﴿والصبي أو البالغ يقتل خطأ، فيضمن صاحب الدابة والعاقلة، وإن لم يكن القتل والإتلاف مقدورا ولا مكتسبا لهم.

وطلاق المكره عند من يوقعه، وهو غير مقدور له بمطلق الإكراه أو مع الإلجاء.

وإلى ذلك أشير بقوله﴾.

---

(١) رفع الحاجب عن مختصر ابن الحاجب، ٦٢/٢

إذا: القاعدة في الفرق بين خطاب الوضع وخطاب التكليف: أن خطاب التكليف يشترط فيه علم المكلف وقدرته على الفعل، وأن يكون هذا الفعل واقعا منه لا من غيره.

العكس في خطاب الوضع، فلا يشترط فيه العلم ولا القدرة ولا الكسب.

ولذلك يجب على الولي ما أفسده صبيه في خارج المنزل، هو لم يفعل ذلك ولم يعلم به، حينئذ نقول: وجب بفعل غيره، لكن وجب ماذا؟ وجب الضمان عند إتلاف صبيه، لماذا؟ لكونه حكما وضعيا لا تكليفيا، وهذا من أهم ما يميز بين النوعين.

الأول: أن خطاب الوضع إنما جاء الشرع ببيان كون الشيء سببا أو شرطا أو مانعا، وهو خبر وليس فيه طلب.

الثاني: بالأحكام المذكورة للفرق بين النوعين.

ولذلك قال في المتن: (ولا يشترط له تكليف).." (١)

"طار الطير لم يضمن١ لأن الخروج والطيران كان باختيار من الطير والدابة لا بقوة حدثت من الفتح أوجبت له الاختيار ولا بإلجاء الدابة إليه ليفسد الاختيار بالكره ولا يلزمنا على هذا المحرم إذا دل على صيد حيث يضمن لأن الدلالة سبب محض في حق جناية الأخذ ولا ضمان عليه من حيث الأخذ للصيد ولكنه يضمن من حيث أزال أمنه عن الاصطياد وقد لزمه بالإحرام أن لا يزيل أمنه فتكون الإزالة جناية عليه كما يكون ترك الحفظ من المودع جناية على الوديعة يضمن به ويضمن في مسألة الدلالة من حيث إنه جنى بالدلالة على إحرامه فإن أزال الأمن عنه لأن أمنه بسبب تواريه عن العيون فأما بعد العلم بمكانه فلا ينجيه إلا الفرار على خوف ولهذا قلنا: إن حافر البئر لا يضمن الكفارة٢ ولا يحرم الإرث٢ لأنهما يجبان جزاء بإزاء فعل القتل مباشرة والمباشرة من الحافر في حفره وقد انقضى قبل الاتصال بالساقط وإنما اتصل به عمق حادث بفعله فصار يشبه سقوطا للعمق الحادث بفعله إلا انه شرط لسقوطه لأنه علة لسقوطه فسقوطه سبب ثقله الذى لا يحمله الهواء والأرض كانت تحمله ولما صار العمق الحادث بفعله شرطا للتلف والكفارة جزاء علة التلف لم يضمن صاحب الشرط وأما ضمان التالف ليس بجزاء علة التلف لينعدم بعدمها بل إنما يضمن التالف لوجود تلف مضاف إليه والحكم إلى الشرط مضاف وجودا وإن لم يضف إليه وجوبا وإذا اضيف إليه ضمن إلا أنه إذا اجتمع علة التلف مع شرط التلف وصلح كل واحد منهما أن يجعل سبب ضمان كانت الإضافة إلى العلة أولى وها هنا العلة ثقله أو شبه وذاك لا يصلح **سبب الضمان**

---

(١) شرح مختصر التحرير للفتوحي، أحمد بن عمر الحازمي ٢٤/٥

لأنه ليس بتعد فوجبت الإضافة إلى صاحب الشرط.

قال: وكذلك زوائد الغصب المتصلة والمنفصلة أمانة٣ عندنا لأن ضمان الغصب ضمان فعل خاص هو أخذ مال مملوك ولا يتصور الأخذ على هذا الجزاء إلا بإزالة يده عن الشئ وهذا الحد وجد في الأم ولم توجد في الزوائد لأنها حدثت في يدى الغاصب فلا يجب ضمان الغصب به وإن سلمنا أن البقاء تعد حكما فهو تعد غير الغصب ولما كان تعديا آخر لم يجب به ضمان الغصب فإن ادعى ضمانا آخر غير

---

١ وهو قول أبو حنيفة والشافعي وقال أحمد ومالك: يضمن انظر المغنى "٥/٤٤٧".

٢ هذا هو مذهب الأحناف انظر الهداية "٤/٥٠٣".

٣ أي الأحناف انظر الهداية "٤/٥٠٣".." (١)

"أما إذا كانت واردة على سبيل الاستثناء فإنه لا يقدح على المختار خلافا لبعض المانعين من جواز تخصيص العلة سواء كانت العلة معلومة كمسألة الصاع في المصراة أو مظنونة كمسألة العرايا وهي بيع الرطب على رؤوس النخل بالتمر والعنب في الكرم بالزبيب فإنها واردة نقضا على تحريم الربا لأن العلة في تحريمه إما الطعم أو الكيل أو الفوت أو المال وكل منها موجود في العرايا وإنما لا يقدح ذلك في العلة لأنه إنما يعلم كونه ورد على سبيل الاستثناء إذا كان النقص لازما على جميع المذاهب كما ذكرناه في مسألة العرايا

وحينئذ يكون معارضا للإجماع فإنه منعقد على أن علة الربا أحد الأمور الأربعة والإجماع أقوى في الدلالة منه فيقدم عليه ويعمل بمقتضاه واعلم أن الإمام مثل الوارد على سبيل الاستثناء في المظنونة بمسألة العرايا وفي المعلومة بضرب الدية على العاقلة فإنها لا تنقض علمنا بأن من لم ينقدح على الج‌نابة لم يؤاخذ بضمانها

وقد سبق الإمام بهذا المثال إمام الحرمين وغيره واعترض على التمثيل به بأنه عكس النقص لأنه أبدا الحكم بدون القلة وذلك أن الجنابة سبب لوجوب الضمان وهنا وجب بدون الجناية وهو اعتراض غير منقدح لأن تقرير التمثيل ذلك أن يقال الجناية **سبب الضمان**

وقد تخلف الحكم في القاتل عمدا أو عمد خطأ مع وجود العلة وإن قرر على الوجه المذكور كان بمعنى أن يقول عدم الجناية سبب لعدم الضمان

---

(١) قواطع الأدلة في الأصول؟ السمعاني، أبو المظفر ٢/٢٧٩

وقد وجب هذا السبب في العاقلة مع تخلف عدم الضمان والمصنف اقتصر على التمثيل بمسألة العرايا لأنها واردة نقضا على علة مظنونة فإذا لم يقدح فيها لم يقدح في المعلومة بطريق الأولى وفي التمثيل بمسألة العرايا دقيقة أخرى وهي الإشارة إلى أن ما ورد مستثنى جاز أن يكون معقول المعنى كمسألة العرايا فإنها استثنيت رخصة وتسهيلا على المعسرين ولذلك يختص بها الفقراء على أحد قولين وهذا ما عليه الجمهور وأ ع ن ي أن المستثنى يجوز أن يعقل له معنى وأن لا يعقل." (١)

"هذا سكوت عن حلف على أمر غيب لا على حكم شرعي، ولعل مسألة السكوت والتقرير مختصة بالأحكام الشرعية لا الأمور الغيبة التي قد يكون طلب الجهل بها واقعا؛ فليتأمل ذلك والله أعلم.

تنبيه [سادس] ١:

قدمنا لك ما يعرفك أن قولنا: "القول مقدم على الفعل" معناه عند التعارض في حكم ما دل على حكمه قول وفعل متعارضان مطلقا. [ولا] ٢ ينقض بقوة الفعل على القول في أمور آخر لمأخذ آخر؛ ألا ترى إلى قولنا "نقل الركن الفعلي في الصلاة مبطل، وفي القول خلاف" وما ذاك إلا لأن الفعل أفحش؛ فليس ذلك من قبيل ما نحن فيه بل الفعل هناك أشد؛ فلذلك يجعل أصلا للقول.

ويقول الأصحاب في نظائره مسألة نقل الركن الفعلي والقولي: "هل يلحق القولي بالفعلي أو لا؟ فيه خلاف يظهر في مسائل. منها مسألة نقل الركن هذه.

ومنها: إذا قال: هذه الدار لزيد بل لعمرو أو غصبتها من زيد بل من عمرو [و] ٣ سلمت لزيد، وأظهر القولين أن الم قر يغرم قيمتها لعمرو؛ لأنه حال بينه وبين داره بإقراره الأول والحيلولة سبب الضمان كالإتلاف إلحاقا للحيلولة التقولية بالحيلولة الفعلية.

ويعبر بعضهم عن القولين بأن الحيلولة القولية هي كالحيلولة الفعلية.

ولقائل أن يقول: القول ما حال وإنما كان سببا للحيولة؛ بل قد يقال: لم يكن شيء في يد عمرو حتى تصدق الحيلولة؛ فإن المقر به في يد المقر ولم يصدر منه غير إقرار ثان لعمرو يقتضي أنه كان يستحق قبض ما أقر به لغيره؛ فينزل اعترافه بهذا الاستحقاق منزلة تسمليه العين له ثم انتزاعه إياها من يده. وقد نبه على نحو هذا الوالد في "شرح المنهاج" في باب الإقرار.

ومنها: الخلاف فيما إذا رفعت صوتها في الصلاة؛ بحيث يسمعها الرجال هل تبطل صلاتها لأن صوتها عورة قولية على رأي؛ ففي إلحاقها بالعورة الفعلية الخلاف.

---

(١) الإبهاج في شرح المنهاج؟ السبكي، تقي الدين ٣/٩٥

ومنها: شهود المال إذا رجعوا؛ فالأصح يغرمون، تنزيلا لحالتهم القولية منزلة الغصب الذي هو حالة فعلية.

---

١ سقط في "ب".

٢ في "ب" فلا.

٣ سقط في "ب".." (١)

"الأداء قبله كالحول ولما لم يجزأ إجماعا علم أنه سببي.

وها هنا تحصيلات:

أ - أن معنى سببته أن الموجب وهو الله تعالى رتب الحكم الاصطلاحي وهو تعلق الإيجاب لا الحقيقي وهو نفسه فإنه قد تم عليه لظهور تيسيرا كما رتب الملك على الشراء والاحراق على النار عندنا ونسبته أن حضور الوقت الشريف والبقاء إليه يصلح داعيا إلي تعطم الله بهيئة وضعت له أو دافعه لطغيان النفس بمنع سؤلها أو بذل شقيقها أو بالجمع بينهما.

ب - أنه سبب لنفس الوجوب لأن سببه الحقيقي الإيجاب القديم الذي رتبه على الوقت والأمر لطلب إيقاع ذلك المرتب الذي هو وجوب الأداء فهو به والفرق بين اشتغال الذمة بشيء ولزوم تفريغها عنه أو بين لزوم وجود الهيئة ولزوم إيقاعها أو بين لزوم الفعل ولزوم إيقاعه ظاهر إما مفهوما فلأن الفعل سواء أريد به نفس المصدر أو الحاصل به نسبة إلى الفاعل هي باعتبار تعلقها بالفعل يسمى وقوعا وبالفاعل إيقاعا وأداء فالوجوب معتبرا في الأول يسمى نفس الوجوب واشتغال الذمة وفي الثاني وجوب الأداء ولزوم تفريغها وأما وجودا فلأن الشرع على الأول بالسبب ضبطا للتكليف على العباد بدليل تمييز الأداء عن القضاء ووجوب القضاء والإثم بفوتهما في نحو من أغمي عليه من قبل الفجر إلى طلوع أول الشمس ومات قبل آخره والثاني بالمطالبة فالبدنية فيهما كالمالية فالمراد بنفس الوجوب لزوم الوقوع عن ذلك الشخص وهو لازم الايقاع في ذلك الوقت لكن وجوب اللازم لا يقتضي وجوب الملزوم كما في آخر جزء من الوقت ومبناه أن شرط التكليف ليس الاستطاعة بل القدرة بمعنى سلامة الأسباب والألات بل توهمها ففي المغمى عليه والنائم في جميع الوقت نفس الوجوب متحقق والألم يلزمهما القضاء ولا الاثم بفوتهما والوجوب في الجملة لا على هذا الشخص لا يقتضي تأثيمه بالترك فكيف بالفوت وليس ذا بالخطاب لأنه لمن لم يفهم لغو فبالوقت إذ غيرهما مع أنه لا يصلح سببا بالإجماع وحصول العلم بسببية الوقت من الخطاب لا يقتضي كون نفس

---

(١) الأشباه والنظائر للسبكي؟ السبكي، تاج الدين ١٦١/٢

الوجوب بالخطاب ولا ينافي تقرر السببية في حق من لا يفهمه كما أن حصول العلم بأن الإتلاف سبب الضمان والنكاح سبب الحل لا يقتضي كون سببهما الخطاب ولا ينافي تقرر سببيتهما في حق الصبيان والمجانين أما وجوب الأداء فذكر فخر الإسلام هنا أنه متراخ إلى زوال الغفلة وفي شرح مبسوطه أنه متحقق على وجه يكون وسيلة إلى وجوب القضاء." (١)

"قيل نعم إذا كان النص العام قطعيا.

قلنا وظنيا إلا إذا كان الدليل المانع أقوى فترجح وإن كان الأول قطعيا، للمجوز في المستنبطة فقط بلا مانع أو لا إن ظن العلية لا يرتفع بالشك الحاصل من التخلف لاحتمال كونه لمانع.

قلنا بعد القلب بأن ظن عدم العلية الحاصل من التخلف لا يرتفع بالشك الحاصل من دليل المستنبطة لاحتمال كونه بلا مانع الشك في أحد المتقابلين توجيه في الآخر فلا يجتمع مع الظن فيه قيل فكيفى شاع أن اليقين لا يزول بالظن والظن بالشك وإنما ذلك عند تعارضهما.

قلنا معناه: أن حكم الأقوى لا يزول لنفسه والكلام ههنا في نفس ظن العلية لا حكمه.

وثانيا: أن ثبوت الحكم بها في غير صورة النقض لو توقف على ثبوته فيها لانعكس فدار إذ لو ينعكس لزم التحكم.

لا يجاب بأنه دور معية إذ العلم بعليتها بعد العلم بثواب الحكم بها في جميع صور وجودها فإذا علم ثبوته بالعلم بعليتها دار تقدما بل بأن ابتداء ظن العلية بالمناسبة والموفوف على أحد الأمرين وجود الحكم في جميع الصور أو وجود مانع منه استمراره وتوقف أحدهما على ابتدائه.

الأمثلة:

١ – صب الماء في حلق الصائم إكراها يفسد صومه لفوت الركن.

ونقض بالناسى فمن خصص قال امتنع حكمه لمانع الأثر.

وقلنا بل لعدم العلة لنسبة فعله إلى صاحب الشرع وبقاء الركن.

قيل لما وجد الأكل وجد علة الإفطار حسا وهو ظاهر، وعقلا لفوت ركن الصوم وشرعا لقوله عليه السلام: الفكر مما دخل.

قلنا: إفطار الصائم أمر شرعي كهو فعلة ما اعتبره الشارع علة وهو ما نسب إلى غيره صاحب الحق من المفطرات وهو المراد مما دخل جمعا بين الحديثين.

---

(١) فصول البدائع في أصول الشرائع؟ الفناري ١/٢١٩

٢ - سبب ملك البدل كضمان الغصب سبب لملك البدل وهو المغصوب منه تحقيقا للتساوى واحترازا عن اجتماع البدلين في ملك واحد ونقض بغصب المدبر فعند المخصص لمانع أنه غير محتمل للنقل في الملك وعندنا لعدم وصف من العلة وهو كون السبب سببا لضمان هو بدل العين إذ ههنا **سبب الضمان** هو بدل اليد الفائتة.." (١)

"الفرق بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي

أنكر بعض الأصوليين تقسيم الحكم الشرعي إلى تكليفي ووضعي، وجعلوا ما يسميه الجمهور أحكاما وضعية من السبب والشرط وما ذكر معهما، راجعا إلى الأحكام التكليفية أو التخيير، وقالوا إنها ليست أحكاما بل هي إعلام بالحكم، فالسبب: علامة على الحكم، وكذلك الشرط والمانع علامة على تخلف الحكم، والصحة راجعة إلى إباحة الانتفاع إذا كانت في العقود، والفساد يعني تحريم الانتفاع.

وأما في العبادة فالصحة كون الفعل موافقا للمشروع، والفساد عكسه، وهذا حكم عقلي لا شرعي؛ لأنه يدرك بالعقل.

والصحيح: أنها أحكام شرعية، ولا يصدق عليها اسم شيء من الأحكام الخمسة المتقدمة، ولا بد لها من تسمية فاصطلح على تسميتها بالأحكام الوضعية؛ لأن الشرع هو الذي جعل السبب سببا والشرط شرطا والمانع مانعا الخ.

وإذا تقرر ذلك فهناك فروق بين الحكم التكليفي والحكم الوضعي، تتلخص فيما يلي:

١ - أن الحكم التكليفي لا يوصف به إلا فعل المكلف، وهو البالغ العاقل، أما الحكم الوضعي فلا يختلف باختلاف الفاعل، فمن فعل ما هو **سبب للضمان** ألزم به، سواء أكان بالغا عاقلا أم لا، فالصبي إذا أتلف شيئا لغيره انعقد **سبب الضمان**.

٢ - أن الحكم التكليفي من شرطه العلم، فالجاهل به لا يثبت في حقه تكليف،." (٢)

"والحكم الوضعي لا يشترط العلم به، فمن فعل المحرم جاهلا بتحريمه فلا يؤثم بل يعذر، ولكن من فعل سببا من أسباب الضمان لزمه وإن لم يعلم بكونه سببا للضمان، فلو منع فضل طعامه مضطرا حتى مات ضمنه، سواء أعلم بأن ذلك **سبب للضمان** أم لا. ولكن في العقوبات البدنية كالحدود لا يلزمه الحد إذا كان جاهلا بالتحريم، فمن سرق وادعى عدم علمه بحرمة السرقة، وأمكن تصديقه لكونه حديث عهد

(١) فصول البدائع في أصول الشرائع؟ الفناري ٢/٣٦٤

(٢) أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله؟ عياض السلمي ص/٦٥

بالإسلام مثلا، فلا تجعل السرقة سببا في إقامة الحد عليه؛ لأن وجوب الحد تابع للتحريم، والتحريم حكم تكليفي لا يثبت مع الجهل.

وأما في ضمان المتلفات فإن الضمان ليس تابعا للتحريم بدليل أنه إذا اضطر يباح له الأكل من مال غيره وعليه ضمانه، ولذا قالوا: «الاضطرار لا يبطل حق الغير».

ومما يزيد الأمر وضوحا أن المرأة يقع عليها الطلاق علمت به أولا، ولكن لو تكلم الزوج بلفظ الطلاق من غير أن يعرف معناه فلا يقع، وكذلك لو تكلم بلفظ الهبة أو البيع دون علم بمعناه، لعدم القصد.

٣ - أن خطاب التكليف يشترط فيه قدرة المكلف على فعل ما كلف به؛ لقوله تعالى: ﴿لا يكلف الله نفسا إلا وسعها﴾ [البقرة ٢٨٦]، وقوله: ﴿وما جعل عليكم في الدين من حرج﴾ [الحج ٧٨]. وأما خطاب الوضع فليس من شرطه ذلك ولهذا فإن كثيرا من الأسباب لا قدرة للمكلف على إيجادها أو منعها ولا يمنع ذلك من كونها أسبابا، مثل دخول شهر رمضان سبب لوجوب الصوم مع كون السبب المذكور ليس في مقدور المكلف منعه ولا إيجاده. وموت المورث سبب للإرث وليس هو من فعل الوارث ولا داخلا تحت قدرته. وكذلك الشأن في الموانع تمنع الحكم وإن كانت ليست من." (١)

"ميت، وبرهنا، فإنه يقضى لكل منهما بنصفها رهنا عنده، سواء كانت في أيديهما أو في يد غيرهما، لأن دعواهما الرهن، والراهن ميت، يكون المقصود منه الاستيفاء من ثمن العين بالبيع، والشائع يقبله، بخلاف ما إذا كان الراهن حيا فإن المقصود حينئذ

حكم الرهن، وهو حبس العين، والشائع لا يقبله.

(الزرقا ص ٦٥) .

٢٣ - لو ادعى المتولي دفع الغلة للمستحقين من ذرية الواقف، وهم ينكرون، فالقول للمتولي مع أنه يدعي خلاف الظاهر، لأنه يدعي براءة ذمته، والأصل براءة الذمة.

(الزرقا ص ٦٥) .

٢٤ - لو قال الوكيل بالبيع بعد علمه بالعزل، والمبيع مستهلك: بعت وسلمت قبل العزل، وقال الموكل: بعد العزل، فالقول قول الوكيل مع أنه يدعي خلاف الظاهر بإضافة الحادث إلى أبعد أوقاته، لأن المقصود من الدعوى بعد هلاك العين تضمينه، وهو ينكر **سبب الضمان**.

(الزرقا ص ٦٥) .

---

(١) أصول الفقه الذي لا يسع الفقيه جهله؟ عياض السلمي ص/٦٦

٢٥ – سائر مستثنيات القاعدة الفقهية

"الأصل إضافة الحادث إلى أقرب أوقاته " (م/ ١١)

تعتبر فرعا لقاعدة " العبرة في العقود للمقاصد والمعاني، لا للألفاظ والمباني ".

(م/٣) ، لاعتبار المقصود من الدعوى فيها، دون اللفظ والمبنى.

(الزرقا ص ٦٥،١٢٨ – ١٣١) .

٢٦ – تجوز المزارعة التي هي إجارة الأرض ببعض الخارج منها، سواء كان البذر من العامل أو من رب الأرض، وسواء عقدت بلفظ الإجارة أو الزارعة إذا كان المقصود واحدا..

(ابن تيمية، الحصين ٢/ ٢٠٥، (ابن رجب ١/ ٢٧١) .

٢٧ – يجوز بيع ما في الذمة حالا بلفظ البيع أو السلم، إذا كان في ملكه؛ لأن العبرة في العقود بمعانيها، وقد تبين أن المراد هو بيع الشيء في الذمة حالا، فيجوز بأي لفظ كان..

(ابن تيمية، الحصين ٢/ ٢٠٥) .

٢٨ – الهدية إذا كانت بسبب ألحقت به، فإذا أقرضه مبلغا من المال، ثم أعطى المقترض المقرض هدية، ولم يكن جرى بينهما تبادل للهدايا، كان ذلك ربا؛ لأنه لم يقصد بالهدية إلا أن يؤخر عنه موعد السداد، أو نحو ذلك، والعبرة في العقود." (١)

"٨ – المرهون، نماؤه المنفصل كله رهن معه، لأنه تبع له فلا يفرد بالحكم، سواء كان متولدا من عينه، كالثمرة والولد، أو من كسبه، كالأجرة، أو بدلا عنه كالأرش والعوض، وهو داخل في عقد الرهن، فيملك الوكيل في بيع الرهن بيعه معه، وإن كان حادثا بعد العقد والتوكيل.

(ابن رجب ٢/ ١٨٧) .

٩ – الأجير، كالراعي ونحوه، يكون النماء في يده أمانة كاصله فيتبعه في الحكم، لكن لا يلزمه رعي سخال الغنم المعينة في عقد الرعي، لأنها غير داخلة فيه، بخلاف ما إذا كان الاستئجار على رعي غير معين، فإن عليه رعي سخالها، لأن عليه أن يرعى ما جرى العرف به مع الإطلاق.

(ابن رجب ٢/ ١٨٧) ..

١٠ – الوديعة، يكون نماؤها وديعة في وجه، وفي وجه؛ أمانة محضة.

(ابن رجب ٢/ ١٨٧) .

---

(١) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة؟ محمد مصطفى الزحيلي ٤١٠/١

١١ – المقبوضة على السوم إذا ولدت في يد القابض، فالولد حكمه حكم أصله، وفي ضمانه وجهان، ففي وجه أنه مضمون إن قلنا إن المقبوض على السوم مضمون، وفي وجه ليس بمضمون لولد العارية؛ لأن أمه إنما ضمنت لقبفتها بسبب الضمان والتمليك، والولد لم يحصل قبضه على هذا الوجه، وهنا يكون الحكم استثناء من القاعدة.

(ابن رجب ٢/ ١٨٩) .

١٢ – البيع في مدة الخيار إذا نما نماء منفصلا، تم فسخ البيع، ففي وجه راجح:

يرجع، لأن الفسخ بالخيار فسخ للعقد من أصله، لأنه لم يرض فيه بلزوم البيع، فيرجع بالنماء المنفصل في الخيار، بخلاف العيب.

(ابن رجب ٢/ ١٩١) .

١٣ – الحمل تابع لأمه ويتبعها قبل انفصاله في أحكام، في عدم وجوب إخراج الفطرة عن الحمل في قول.

(ابن رجب ٢/ ٢٢٦) .

المستثنى

١ – لو ضرب بطن امرأة حامل فاسقطت جنينا ميتا، يضمن الضارب ديته التي تسمى (غرة) أي ما يعادل خمسين دينارا، أي نصف عشر الدية، ولو كان تابعا لأمه.

(الدعاس ص ٦٤) .." [١]

"التطبيقات

إن الصور الممكنة التي تدور عليها القاعدة المذكورة عشر، وذلك لأن التعدي الذي هو سبب الضمان إما أن يكون بعد استيفاء المنفعة المعقود عليها كلها، أو يكون بعد استيفاء بعضها، أو يكون قبل استيفاء شيء من المنفعة، وفي الوجهين الأخيرين إما أن يستوفي بعد التعدي المنفعة المعقود عليها أو لا، وفي الصور الخمس إما أن تسلم العين المأجورة أو تتلف، فتلك عشرة كاملة من ضرب اثنين في خمسة.

ويجب الأجر في كل صورة استوفيت فيها المنفعة المعقود عليها كلها أو بعضها قبل التعدي وسلمت العين المأجورة، ولكن عند استيفاء كلها يجب الأجر كاملا، وفي استيفاء بعضها يجب بحسابه، ولا يجب الأجر لما بعد التعدي، وأما أجر ما استوفاه من النفعة بعد التعدي وصيرورته ضامنا فإنه ساقط.

---

(١) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة؟ محمد مصطفى الزحيلي ١/٤٤٣

وهذه هي الصور العشر، مع تطبيقات أخرى لها:

١ - استأجر دابة، وتعدى إلى مكان آخر، ولم ينتفع مطلقا، وسلمت الدابة، فلا أجر عليه، لأنه في معرض الضمان كالغاصب.

(الزرقا ص ٤٣٤، الدعاس ص ٧٥) .

٢ - استأجر دابة، وتعدى، ثم انتفع، وسلمت الدابة، فهو في معرض الضمان، ولا أجر عليه، (الزرقا ص ٤٣٤)

لأنه استقرت عليه بالأجر.

٣ - استأجر دابة، وانتفع كاملا، ثم تعدى بتجاوز المكان أو المدة، وسلمت الدابة، يجب الأجر كله (الزرقا ص ٤٣٤)

لأنه استقر في ذمته، مع الإثم للمخالفة.

(الدعاس ص ٧٥) .

٤ - استأجر دابة، واستوفى المنفعة كلها، وتعدى في أثنائها.

وسلمت الدابة، فيجب الأجر لما قبل التعدي فقط.

(الزرقا ص ٤٣٤) .

٥ - استأجر دابة، واستوفى بعض المنفعة، ثم تعدى، ولم ينتفع بعد ذلك، وسلمت الدابة فيجب الأجر لما قبل التعدي بحسابه فقط.

(الزرقا ص ٤٣٤) .." (١)

"التطبيقات

١ - لو شهد شاهدان في دعوى الدين مثلا أن الدين قرض، ثم قالا: إنه ثمن

مبيع، انهدم الاحتجاج بالشهادة، وامتنع القضاء بها.

(الدعاس ص ٩٥) .

٢ - لو رجع الشاهدان عن شهادتهما، لا تبقى شهادتهما حجة، لكن لو كان القاضي حكم بما شهدا به أولا لا ينقض حكم ذلك الحاكم، وإنما يلزم على الشاهدين ضمان المحكوم به، وكذا لو اعترفا بما يكذب شهادتهما بعد القضاء.

---

(١) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة؟ محمد مصطفى الزحيلي ٥٤٨/١

(الزرقا ص ٤١٥، (الدعاس ص ٩٥) .

٣ – لو أقر أحد بأنه استأجر دارا، ثم ادعى أنها ملكه، فإن دعواه لا تسمع، لأن التناقض وقع في الدعوى فترد ابتداء، ولا تسمع حتى يمكن التوصل لإقامة الحجة عليها، إلا إذا كان التناقض يمكن رفعه، مثل إذا دفعه، كان قال: كنت مستأجرا ثم اشتريتها تسمع دعواه.

(م/ ١٦٥٥، ١٦٥٧) .

(الزرقا ص ٤٠٥) .

٤ – قد يكون التناقض في الشهادة، بأن رجع الشهود، لكن يشترط أن يكون رجوعهم في مجلس حاكم، أي حاكم كان، فلو رجعوا خارج مجلس الحاكم لا يلتفت إلى رجوعهم مطلقا، سواء كان قبل الحكم أو بعده.

(م/ ١٧٣١) (الزرقا ص ٤٠٥) .

وأما لو رجعوا في حضوره، فإن كان قبل الحكم بشهادتهم ترد، لأنه لا يقضى بكلام متناقض، ويعزرون، ولا ضمان عليهم، لأنهم لم يتلفوا بشهادتهم شيئا، وإن كان بعد الحكم بها لا ينقض حكم الحاكم الذي صدر قبل الرجوع، لأن كلامهم الثاني مثل كلامهم الأول في احتمال الصدق، فينظر فيما يرجح أحد الكلامين على

الآخر، وقد ترجح الأول باتصال القضاء به، والقضاء يصان عن الإلغاء ما أمكن، فلا ينقض برجوعهم هذا، ولكن يضمنون للمشهود عليه ما تلف بشهادتهم، لأنهم لما رجعوا بعد القضاء فقد أقروا على أنفسهم بالإتلاف، والإتلاف سبب للضمان.

وكونهم متناقضين لا ينافي مؤاخذتهم، لأن التناقض لا يمنع صحة الإقرار، كما لو أنكر الخصم ثم أقر، فإنه يعمل بإقراره، لأنه ليس بمتهم فيه.." (١)

"القاعدة: [٣١٤]

الأصل أن سبب الإتلاف متى سبق ملك المالك فإنه لا يوجب

الضمان على المتلف لمن حدث الملك له

التوضيح

إن الإتلاف للضمان على المتلف لتعويض المالك، فإن كان سبب الملك متأخرا، وسبب الضمان سابقا

(١) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة؟ محمد مصطفى الزحيلي ٥٩٢/١

له، فلا يضمن المتلف لمن حدث الملك له لاحقا عند أبي حنيفة، كمن تطع يد عبد، فباعه المالك، ثم ص ى الجرح إلى النفس في يد المشتري بسبب القطع السابق، فلا ضمان على الجاني لا للبائع، ولا للمشتري.

وفيه مسائل.

التطبيقات

١ - إذا اشترى رجلان ابن أحدهما فإنه يعتق على الأب، ولا يضمن الأب عند أبي حنيفة؛ لأن سبب الإتلاف سبق ملك المشترى فيه، وهي القرابة، وعندهما يضمن، وكذلك إذا وهب لهما ابن أحدهما، أو أوصي لهما بابن أحدهما، فيحتق ولا يضمن الأب عند أبي حنيفة، ويضمن عندهما.

(الدبوسي ص ٢١) .

٢ - إذا باع رجل نصف عبده من أب العبد، فيعتق عليه، ولا ضمان على الأب عند أبي حنيفة؛ لأن **سبب الضمان** سبق ملك الأب فيه، وهي القرابة، وعندهما يضمن نصف قيمته إن كان موسرا.

(الدبوسي ص ٢١) .." [1]

"لا يصدق) : (بنى الباب على: إن كل من أنكر حقا على نفسه، كان القول قوله، لأنه متمسك بالأصل وهو فراغ الذمة، ومن أقر **بسبب الضمان** وادعى ما يسقطه لا يصدق إلا بحجة، لأن صاحبه متمسك بالأصل في إبقاء ما كان) .

ومن القواعد التي قد تكرر استعمالها في مواضع من الشرح كما يلي:

٥. (الظاهر يصلح حجة للدفع دون الاستحقاق) .

٦. (الحادث يحال بحدوثه إلى أقرب الأوقات) .

٧. (إن البينة حجة يجب العمل بها ما أمكن) .

والملحوظ هنا أنه عبر عن القاعدة بكلمة الأصل باعتبار ما يتفرع عليه من فروع وجزئيات.

ومن نماذج تلك الأصول والقواعد عند الحصيري في (التحرير شرح الجامع الكبير) ما يلي:

١. (باب من الطهر إلى الوضوء والثوب وغير ذلك) بدأه بقوله: (أصل الباب أن ترك القياس في موضع

---

(١) القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة؟ محمد مصطفى الزحيلي ١٠٨٦/٢

الحرج والضرورة جائز، لأن الحرج منفي ومواضع الضرورات مستثناة من قضيات الأصول) .

٢. باب صلاة العيدين: استهل الكلام فيه بقوله: (أصل الباب أن رأي." (١)

"يده قبل الرد لكان تلفه عليه ومن ماله، أما لو كان المشتري عالما بالعيب واستعمل المبيع بعد إطلاعه عليه فيسقط خياره ولا يحق له الرد.

ما يرد هذه القاعدة:

يرد على هذه القاعدة سؤالان:

السؤال الأول: إذا كان الخراج في مقابلة الضمان فكان يجب أن تكون الزوائد قبل قبض المبيع من قبل المشتري للبائع لا للمشتري؛ لأن المبيع قبل قبض المشتري على ضمان البائع، تم العقد أو انفسخ، لكونه من ضمانه، ومع ذلك لم يقل بهذا أحد، لأن الزوائد من حق المشتري هنا.

الجواب: إن علة جعل الزوائد هنا من حق المشتري أن المبيع هنا أصبح مملوكا للمشتري، فالزوائد هي زوائد ملكه، وأما بعد القبض فإن حق المشتري يتأكد في الزوائد بعلة الملك والضمان معا.

واقتصر في الحديث على التعليل بالضمان؛ لأنه أظهر عند البائع وأقطع لطلبه وأدفع لاستنكاره أن الخراج للمشتري.

السؤال الثاني: إنه لو كانت علة الخراج بسبب الضمان للزم أن تكون زوائد المغصوب للغاصب؛ لأن الغاصب يضمن ما غصب، وبهذا احتج أبو حنيفة رحمه الله وقال: إن الغاصب لا يضمن منافع المغصوب، فهو هنا مع ظاهر الحديث.

والجواب على ذلك: أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قضى بالخراج في ضمان الملك لا لمجرد الضمان، وجعل الخراج لمن هو مالكه فعلا، إذا تلف تلف على مالكه وهو المشتري، والغاصب لا يملك المغصوب، وبأن الخراج: وهو المنافع جعلها لمن عليه الضمان، ولا خلاف أن الغاصب لا يملك المنافع بل إذا أتلفها فالخلاف في ضمانها عليه.." (٢)

"فاحتيط له بأربعة أشهر وعشرا، بخلاف المطلق؛ حيث إنه موجود،

فتبين أنه ليس المقصود من العدة براءة الرحم فقط، ولما وجد هذا

الفارق فرق الشارع بينهما في الحكم، فبطل ما ادعاه النظام من

---

(١) الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية؟ محمد صدقي آل بورنو ص/٧٦

(٢) الوجيز في إيضاح قواعد الفقة الكلية؟ محمد صدقي آل بورنو ص/٣٦٧

تماثلهما.

ثانيا: ما ذكره من صور الجمع بين المختلفات، فالجواب عنها فيما يلي:

أما قوله – في الصورة الأولى –: " إن الشارع قد سوى بين قتل الصيد في الحج عمدا، والقتل خطأ في وجوب الضمان مع اختلافهما "، فالجواب عنه: أن هذا من باب الحكم الوضعي؛ حيث إن سبب الضمان وجد فيهما وهو: نفس الإتلاف، وإن افترقا في الإثم، وربط الضمان بالإتلاف من باب ربط الأحكام باسبابها، وهذا في غاية العدل، فلو فرق بين المتعمد والمخطئ في الضمان لادعى المتلف الخطأ وعدم القصد والعمد، فتساويا في الحكم، فبطل ما ادعاه النظام من اختلافهما.

وأما قوله – في الصورة الثانية –: " إنه سوى بين الصبية المتوفى عنها والكبيرة في العدة مع اختلافهما "، فالجواب عنه: أن هذا من باب سد الذرائع؛ بيان ذلك: أن الصبية لو استثنيت من وجوب العدة لوقع أن تزوج البنت باعتقاد أنها صغيرة مع أن رحمها مشغول، فيحصل بذلك اختلاط في الأنساب، فاحتياطا للمحافظة على الأنساب وجدت العدة حتى على المتيقن من براءة رحمها، فيكون تساوي الصبية المتوفى عنها والكبيرة في العدة من باب الاحتياط، فبان من ذلك عدم اختلافهما، فيكون ما ادعاه النظام من اختلافهما باطلا.

وأما قوله – في الصورة الثالثة –: " إن الشارع قد سوى بين الماء." (١)

" النظر الرابع فيمن تجب عليه وفيه بحثان في الأموال المطلقة والأموال الموقوفة البحث الأول في الأموال المطلقة وتجب الزكاة في الأموال المطلقة على المال للنصاب عند حصول الشروط وانتفاء الموانع المتقدمة ويختلف في اشتراط الإسلام على الخلاف في مخاطبة الكفار في فروع الشريعة وان لم يختلف في كونه شرطا في الأداء وتجب الزكاة في أموال الصبيان والمجانين وان لم يتوجه الوجوب عليهم وقاله (

(١) المهذب في علم أصول الفقه المقارن؟ عبد الكريم النملة ٤/١٩٠٠

ش) وابن حنبل خلافا ل (ح) في العين والماشية دون الحرث والفطر قاعدة خطاب الله تعالى قسمان خطاب تكليف متعلق بأفعال المكلفين ومن ألحق بهم تبعا كالصلاة والصيام وخطاب وضع يتعلق بنصب الأسباب والشروط والموانع فلا يتوقف على التكليف في محالها كالإتلاف سبب الضمان ودوران الحول منه شرط لوجوب الزكاة والجنون مانع من العبادة بل معناه قول الله تعالى إذا وقع هذا في الوجود فرتبوا عليه هذا الحكم وقد يـقـع معه التكليف كالزنى سبب الحد والطهارة شرط في الصلاة والاحرام مانع من الطيب والصيد فخطاب الزكاة عند (ح) من خطاب التكليف ليسقط عن الصبيان وعندنا خطاب وضع ويدل عيه ما في الترمذي قال عليه السلام

ألا من ولى يتيما له مال فليتجر فيه ولا يتركه حتى تأكله الصدقة وفي إسناده

" .(١)

" ولد ولو أعلمه أنه غير ولي ولم يرجع عليه لدخوله على توقع الفسخ من الولي قال ابن يونس قال محمد يرجع عليه إذا علم بالرق وباشر كان وليا أم لا ولا يترك له ربع دينار وكأنه باعه البضع ثم استحق (فرع) في الكتاب لو غر عبده حرة فإن أجاز السيد نكاحه فلها الخيار لعدم الكفاءة ما لم تمكنه من وطئها بعد علمها فإنه رضا فإن كرهته فرق السلطان بينهما إلا أن يفارق الزوج النظر الثاني في الولد وهو حر إجماعا وفي الكتاب على الأب قيمة الولد لسيده وقاله الأئمة يوم الحكم وقاله ش وقال ابن حنبل يوم الوضع وقاله المغيرة منا في الجواهر لقضاء عمر وابن عباس رضي الله عنهم بذلك وجوابه أن سبب الضمان منع السيد من الولد وذلك إنما يتحقق يوم الحكم ولو كان لتفويت الرق لضمنه جنينا لتخلقه حرا ولم يقله أحد وقد قضى عمر وعثمان رضي الله عنهما بمثله قال مالك وذلك يرجع إلى القيمة لأنها أعدل (فرع) قال فإن قتل فأخذ أبوه ديته حرا ثم استحقت الأم فعليه الأقل من قيمته يوم القتل عبدا أو بما أخذه لأن الأقل إن كان قيمة العبد فليس للسيد إلا عبد أو الدية فيقول لو مات قبل الحكم لم أضمن شيئا وقد مات ولم يبق إلا الدية قال ابن يونس قال أشهب لا شيء عليه من قيمة الولد كما لو اقتص الأب من قاتله أو هرب قاتله أو مات العبد وترك مالا فإنه لأبيه قال أصبغ إذا استهلك القيمة فوجده

---

(١) الذخيرة، المؤلف غير معروف ٥٢/٣

". (١)

" موضع . . . . . . إن علم ولا يخفى البائع في الفسطاط) قال أو الطاهر لا يشترط ذكر الموضع بل تكفي العادة وإن لم يشترط فحيث وقع العقد أو قبض رأس المال لاستلزام السبب المسبب وإن شرط بلدا فبأي موضع ؟ فيه ثلاث روايات : سوق السلعة لأنه مظنتها موضع العقد لأنه سببها أي موضع من البلد لعدم التخصيص وإن كانت عادة تعينت وإن اختلف السعر في نواحي البلد تعين ذكر موضع منه فإن اختلفا في أي موضع اشترطا صدق مدعي الأشبه فإن لم يدعياه تحالفا وتفاسخا لعدم رجحان أحدهما وإن ادعياه قدم المسلم إليه في المشهور لأنه مالك المقصد والثمن وسيلة وقدم سحنون المشتري لأنه صاحب الحق وقيل : يتحالفان ويفاسخان لتساويهما وإن طلب القبض بغير البلد المشترط ودفع ثمن الحمل والمبيع طعام امتنع لأنه مال كالمعجل قبل الأجل بزيادة وبيع الطعام قبل قبضه فإن لم يأخذ ثمن الحمل واختلف سعر البلدين امتنع لأنه : ضع وتعجل إن كان سعر هذا البلد أنقص أو حط عني الضمان وأزيدك إن كان أعلا فإن اتفق السعران فقولان نظرا إلى أجرة الحمل وتساوي السعر قال سند : لا يجب عندنا ذكر وضع التسليم إلا أن يكون العقد بمفازة لا يمكن التسليم فيها فيجب اشتراطه وإلا فإطلاق العقد يقتضي موضع التعاقد وقاله ابن حنبل وزاد : إن شرطا غير موضح العقد بطل لأنه خلاف مقتضاه وقال (ش) : إن كان يحمله مؤنة وجب ومنع الشافعية بغير موضع السوق بل يكفي موضع من البلد وقال سحنون : إذا لم يكن للسلعة سوق فبيت المشتري قياسا على الكراء وهو العادة اليوم قال اللخمي : إذا أسلم حضري لقروي فالقرية لأنه العادة اليوم إلا أن يشترط غيرها قال سند : إذا قال : أنت وكيلي أو أجيري في حمله فإذا بلغت البلد فاقبضه لنفسك امتنع سدا لذريعة وأنت وكيلي في قبضه لوكيلي يجوز ومتى وقع الممنوع فسخ ورد الطعام إلى موضعه وطالب على حاله فإن فات فعليه في البلد الذي وقع فيه سبب الضمان كالبيع الفاسد والغصب وإذا انفسخ صح أن يقضيه ذلك الطعام مما له في بلد السلم وإلا فلا

". (٢)

" (فرع) في الكتاب : موت الحيوان وانهدام العقار بفور الغصب أو بعده بغير سبب الغاصب يضمنه بقيمته يوم الغصب تمهيد وفيه قاعدة أصولية وهي : أن ترتب الحكم على الوصف يدل على علية

(١) الذخيرة، المؤلف غير معروف ٤/٤٣٦

(٢) الذخيرة، المؤلف غير معروف ٥/٢٨٤

ذلك الوصف لذلك الحكم وقوله عليه السلام : (على اليد ما أخذت حتى ترده) فيه لفظ على الدال على اللزوم والوجوب وقد رتبه صلى الله عليه وسلم على وصف الأخذ فيكون وضع اليد للأخذ سبب الضمان ولنا : قاعدة أخرى أصولية فقهية وهي : أن الأصل : ترتب المسببات على أسبابها من غير تراخ فيترتب الضمان حين وضع اليد فلذلك ضمنا بوضع اليد وأوجبنا القيمة حينئذ (فرع) قال : استعار دابة إلى منزله فبلغها ثم تنحى قربها فنزل فيه فهلكت في رجوعها فإن كان ما تنحى إليه من معاد الناس لم يضمن وإن جاوز منازل الناس ضمن قال ابن يونس : قال أصبغ : إن كانت الزيادة لا خيار لربها فيها إذا سلمت ثم رجع بها سالمة إلى الموضع الذي تكارى إليه فماتت أو ماتت في الطريق إلى الموضع الذي تكارى إليه فليس إلا كراء الزيادة لاستيفائه منفعة الزيادة وضعف التعدي لعدم الخيار وكرده لما تلف من الوديعة ولو كانت الزيادة يسيرة لم تعن على الهلاك فهلكت بعد ردها إلى الموضع المأذون بغير صنعه فهو كهلاك تسلف الوديعة بعد رده وإن كانت الزيادة مما تعين على الهلاك كاليوم فإن لا يضمن في ذلك لو

(١) ".

" التمكن قال ابن القاسم : وغير السلطان في الدار والأرض يزرعها غصبا من مكتريها لا يسقط الكراء عن المكتري لأنه هو المباشر بالغصب دون المالك للرقبة إلا السلطان الذي لا يمنعه إلا الله تعالى لانه كالأمر السماوي بخلاف من يمنعه من هو فوقه (فرع) في الكتاب : إذا وهب لك طعاما أو إداما فأكلته أو ثوبا فلبسته حتى أبليته رجع مستحقه على الغاصب المليء لأنه المتعدي المسلط وإن كان معدما أو معجوزا عنه فعليك لأنك المتنفع بماله ولا ترجع أنت على الواهب بشيء لعدم انتفاعه وانتفاعك وكذلك لو أعارك الغاصب فنقصت بلبسك فلا ترجع على المعير بما تعزم فلو اكتريته فنقصته باللبس أخذ المستحق ثوبه منك وما نقصه اللبس وترجع على الغاصب بجميع الكراء كالمشتري قال ابن يونس قال أشهب إذا وهبك الغاصب فأبليت أو أكلت اتبع أيكما شاء لوجود سبب الضمان في حقكما قال ابن القاسم : إن كان الواهب غير غاصب لم يتبع غير الموهوب المنتفع وهو خلاف ما له في كتاب الاستحقاق في مكري الارض يحابي في كرائها ثم يطرأ أخوه وسواء بين المتعدي وغيره وهو أصله في المدونة أن يبدأ بالرجوع على الواهب فإن أعدم فعلى الموهوب إلا أن يكون الواهب عالما بالغصب فكالغاصب في جميع الأمور ويرجع على أيهما شاء وقول أشهب أقيس ولا يكون الموهوب أحسن حالا من المشتري ووجه التبدئة

(١) الذخيرة، المؤلف غير معروف ٢٦٢/٨

بالغاصب : أن الظالم أحق أن يحمل عليه والفرق بين الموهوب والمشتري : أن المشتري إذا غرم رجع بالثمن والموهوب لا يرجع قال سحنون : إذا كان المعير غاصبا لا يضمنه المالك النقص بل له أن يضمنه الجميع ولا شيء له على المستعير وإن كان الغاصب عديما بيع الثوب في القيمة واتبع المستعير بالأقل من تمام القيمة وما نقص لبس الثوب إلا أن يكون قد كان للغاصب مال وقت لباس المستعير ثم

---

(١) ".

" الصحيح وبالمثل في الفاسد ولو غصب أمة أو حبس حرة وماتت في يده لم يجب ضمان بضعها وبالحربي يضمن مال المسلم المسمى في العقد الصحيح ولا يضمن من غير عقد ولا شبهة وبالبضع يضمنه الزوج بالمسمى في العقد والمرأة تضمنه بالمسمى في الخلع ولا يضمنه بالردة بعد الدخول وعن السابع : أن المنافع هي سبب صيرورة الاعيان **بسبب الضمان** عند الإتلاف وسبب السبب للشيء لا يلزم أن يكون سبب الشيء لأن الأعضاء سبب الطاعة والطاعة سبب دخول الجنة والأعضاء ليست سبب الجزاء بالجنة لأنها ليست من كسب العبد وما ليس من كسبه لا يجازى عليه وكذلك العقل سبب الإيمان والمعارف والعلوم وهي سبب الجزاء بالسعادة الدائمة وهو لا يكون سبب الجزاء لكونه ليس من كسبه والصحيح من أصول الفقه : عدم التعليل بالحكمة مع أنها سبب علية العلة ونظائره كثيرة الفرع الثامن : زوائد العين المغصوبة في يد الغاصب كالسمن وتعلم الصنعة وعلو القيمة ثم يذهب ذلك لا يضمنه الغاصب وتأخذ سلعتك ولا شيء لك وكذلك الولد بخلاف ما كان عند الغصب وقال (ح) خلافا ل (ش) وابن حنبل وأصل المسألة أن الغصب هل هو اثبات اليد العادية وهي موجودة فيضمن أو اثباتها مع رفع اليد المحقة ولم ترفع عن الزوائد يدا محقة فلا يضمن لنا : أنه حصل في يده بغير شبهة فلم يضمنه قياسا على الثوب تلقيه الريح في بيته أو حجر إذا قعد في الطريق عدوانا وهو يكتسب احتجوا : بأن اليد تثبت على الولد وغيره تبعا لان اليد في كل شيء على جنسه عادة كما تثبت يد المشتري وغيره على ولد الأمة تبعا في سائر العقود وقياسا على الزيادة الحاصلة عند الغصب ولأنه غاصب في الاستمرار كما هو غاصب ابتداء بدليل الحقيقة والحكم والاسم

---

(١) الذخيرة، المؤلف غير معروف ٢٧٢/٨

(١) ".

" بالإتلاف فيضمن بالغصب كالمنقول احتجوا : بأنه منع المالك من ملكه بغير نقل فلا يضمن كما لو حبسه حتى هلك ماله ولم يكن يعرض لماله والعقار لا يتحقق فيه إلا الحيلولة بين المالك وبينه ولو أنه دخل دارا يظنها داره لم يضمنها مع أنه وضع يده واستولى عليها ولو نقل شيئا من هذه الدار ضمنه فعلم أن **سبب الضمان** : النقل ولان موضع الإجماع في الغصب حيث وجد وضع اليد عدوانا مع النقل وهو أتم من وضع اليد من غير نقل لأن النقل يوجب التعرض للتلف والقاصر عن موضع الإجماع لا يلحق به ولأنه لا تصح سرقته فلا يصح غصبه كالحر أو لانه يمكن نقله فلا يمكن غصبه كمنعه البضع والجواب عن الأول : أن حبسه عن متاعه وزانه حبسه حتى انهدمت داره من غير تعرض للدار ولا تسبب وأما في صورة النزاع : فاستولى وقصد العقار بوضع اليد والاستيلاء وفعل ذلك فيضمن كالمنقول وعن الثاني : أن قصور صورة النزاع عن صورة الإجماع) لا يمنع من لحوقها بموضع الإجماع) لدلالة الدليل على أن السبب هو المشترك بينهما بدليل خمر الوديعة وما ذكر معها فإنه لم يتحقق هناك نقل مع صورة الضمان وعن الثالث : أن الحر عندنا تصح سرقته إذا كان صغيرا أو نائما ثم الفرق : أن الحر ليس بمال والعقار مال ومن وجه آخر : السرقة لا بد فيها من الإخراج من الحرز وهو متعذر في العقار والغصب الاستيلاء عدوانا وهو متيسر فيه وعن الرابع : الفرق أن منفعة البضع ليس بمال بدليل أنها لا تستباح بالإباحة ولا يملك بالإذن والوصية ثم نقول : كما استوت المنقولات في النقل واختلفت في ضمان الغصب فتضمن الأمة القن دون أم الولد عندكم ليستوي البضع والعقار في عدم النقل ويختلفان في الغصب

(٢) ".

" صنعة ثم نسيها ضمن الغاصب قيمتها لنا : أن وضع اليد هو **سبب الضمان** لقوله & (على اليد ما أخذت حتى ترده) وترتيب الحكم على الوصف يدل على علية ذلك الوصف لذلك الحكم فتكون اليد هي **سبب الضمان** فيترتب الضمان عليه ويعد الضمان لا ضمان لأنه تحصيل الحاصل ولأن الضمان يصير المضمون ملك الضامن على ما سيأتي وتجد يد ضمان في ملك الإنسان خلاف الإجماع ولقوله تعالى (ما على المحسنين من سبيل) والراد للمغصوب محسن بفعله للواجب فلا يكون عليه سبيل ولأن الغصب

(١) الذخيرة، المؤلف غير معروف ٢٨٣/٨

(٢) الذخيرة، المؤلف غير معروف ٢٨٦/٨

لم يتناول الزيادة فلا تكون مضمونة وقياسا على زيادة حوالة الأسواق فلأنها لا تضمن اتفاقا منهم وقد حكى اللخمي ذلك عن مالك و ابن القاسم وحكى عن أشهب وعبد الملك أخذ أرفع القيم إذا حال السوق والفرق عندهم : أن حوالة الأسواق رغبات الناس وهي خارجة عن السلعة فلا يؤمر فيها بخلاف زيادة صفاتها احتجوا بأن الغاصب في كل وقت مأمور بالرد فهو مأمور برد الزيادة وما ردها فيكون غاصبا لها فيضمنها ولأن الزيادة نشأت عن ملكه فتكون ملكه ويد العدوان عليها فتكون مغصوبة فتضمن كالعين المغصوبة والجواب عن جميع ما ذكروه : أنا نسلم أنه مأمور وأن الزيادة ملكه لكن لا نسلم ضمانها بسبب أن أسباب الضمان ثلاثة : الإتلاف والتسبب للإتلاف ووضع اليد غير المؤمنة ولا نسلم وجود واحد منها أما الأولان فظاهر وبالفرض وأما الثالث : فلأنه لم يوجد وضع اليد إلا في المغصوب أما زيادته فلم يوجد إلا استصحابها واستصحاب الشيء لا يلزم أن يقوم مقامه بدليل : أن استصحاب النكاح لايقوم مقام العقد الأول لصحته مع الاستبراء

". (١)

" والعقد لا يثبت مع الاستبراء وكذلك الطلاق يوجب ترتب العدة عقيبة واستصحابه لا يوجب ترتب العدة عقيبه ووضع اليد عدوانا يوجب التفسيق والتأثيم ولو جنى بعد ذلك وهي تحت يده لم يؤثم حينئذ ولم يفسق وابتداء العبادات يشترط فيها النيات وغيرها من التكبير ونحوه لا يشترط ذلك في استصحابها فعلمنا أن استصحاب الشيء لا يلزم أن يقوم مقامه لاسيما وموجب الضمان هو الأخذ عدوانا ولا يصدق عليه بعد زمن الأخذ أنه : أخذ الآن إلا على سبيل المجاز فحقيقة الأخذ تجري مجرى المناولة والحركات الخاصة لا يصدق شيء منه مع الاستصحاب فعلم أن **سبب الضمان** منفي في زمن الاستصحاب قطعا وإنما نضمنه الآن بسبب تقدم لا بسبب مقارن فاندفع ما ذكروه وأن القيمة إنما هي يوم الغصب زادت العين أو نقصت تفريع قال في الكتاب : فلو باعها فلم يعلم موضعها خيرت بين الثمن لأنه بيع فضولي لك إجازته وبين القيمة لأنه غاصب فإن نقصت قيمتها يومئذ عن يوم الغصب رجعت بالتمام على الغاصب لأن الغصب أوجب التمام عليه قال التونسي : وإذا كثرت قيمتها يوم الجناية ورجعت على الغاصب رجع الغاصب على الجاني بتمام القيمة لأنه بالضمان يملك بالجناية في الزيادة على ملكه فيرجع بالزيادة كما عليه النقص وقال أشهب : الزيادة للمغصوب منه لأن الغاصب عنده لا يرجع ويلزم على مذهب ابن القاسم

(١) الذخيرة، المؤلف غير معروف ٢٩٦/٨

لو كان على الغاصب غرماء لم يكن أحق بما أخذ من غرماء الغاصب لأنه إنما أخذ ذلك عن الغاصب من غريم الغاصب فهو أسوة غرماء الغاصب إلا أن يريد أن يندفع الضمان عن الغاصب فلا يتبعه ببقية القيمة ويكون أولى بما أخذ من الجاني من غرماء

". (١)

" ما دام ذلك القصد وقاله الأئمة ومضمونة على من أخذها ببينة الاختزال وقاله الأئمة لأنه مأمور بالأول ومنهي عن الثاني فهو متعد فيه وفي الأول وكيل لربها من قبل الشرع وأن من أخذها ليعرفها سنة ثم يتصدقها أو يتملكها فهي أمانة في السنة لأنها ممسوكة لحق ربها كالوديعة ومضمونة بعدها إن تصدق بها لتصرفه في ملك الغير بغير إذنه إلا أن يختار ربها إمضاء الصدقة عن نفسه وإن أبقاها بعد السنة على التعريف فأمانة وحيث كانت أمانة فضاعت منك لم تضمنها قاعدة القابض لمال غيره ثلاثة أقسام لحق المالك المحض كالوديعة فأمانة إجماعا ولا ضمان ولحق القابض للصرف كالقرض فليس بأمانة إجماعا ولحقهما كالرهن فلولاه لم يعامل صاحبه ولولاه ما توثق المرتهن عنده فاجتمع الحقان فيختلف العلماء فيه بالضمان وعدمه واللقطة من باب الوديعة فلا تضمن وفي هذا الحكم أربعة فروع الفرع الأول في الكتاب إذا قال أخذتها ر تذهب بها وقلت لأعرفها صدقت لأنه يدعي عليك وجود **سبب الضمان** والأصل عدمه وظاهر المسلم المشي على حدود الإسلام فيجتمع معك الأصل والظاهر فتصدق مع يمينك إن اتهمت وإلا فلا يمين قاله في المقدمات وقال ح الملتقط ضامن إذا لم يشهد لقوله & من التقط فليشهد ذوي عدل ولا يكتم ولا يغير فإن جاء ربها فهو أحق بها وإلا فمال الله يؤتيه من يشاء وجوابه أنه محمول على الندب ولا معنى لقولهم ذلك لأنه قد يشهد بخلاف ما كان اضمر احتياطا لنفسه وفي المقدمات الأشهاد مستحب عند مالك وعند ش يجب عليه عند أخذ

". (٢)

"وبالقبض في الفاسد كالبيع فيهما (وتلفه) بدعوى من هو بيده منهما من غير ثبوت كالبيع، فالذي يصدق فيه البائع والمشتري يصدق فيه الزوج والزوجة، فلا يصدق الزوج فيما يغاب عليه ولم تقم له عليه

---

(١) الذخيرة، المؤلف غير معروف ٢٩٧/٨

(٢) الذخيرة، المؤلف غير معروف ١٠٥/٩

بينة، وكذا الزوجة إذا حصل طلاق قبل الدخول وتغرم له نصفه، فإن قامت به بينة أو كان مما لا يغاب عليه فمنها إن لم يحصل طلاق وإلا فمنهما، فعلم أنه يحمل ضمانه على صورة وتلفه على صورة أخرى حتى يتغايرا وإن كان سبب الضمان هو التلف، فلو اقتصر على إحداهما لاغناه عن الاخرى.

(واستحقاقه) من يدها كالبيع فترجع بمثل المثل والمقوم الموصوف، وأما المقوم المعين إذا استحق جميعه منها فإنه يوجب الرجوع لها عليه بقيمته ولا يفسخ النكاح بخلاف البيع فيفسخ.

(وتعييبه) أي اطلاعها على عيب قديم فيه يوجب خيارها في التماسك به أو رده، وترجع بمثله أو قيمته على ما مر في الاستحقاق من غير فرق (أو بعضه) يرجع لهما

أي استحقاق بعضه أو تعييب بعضه كالبيع.

فقوله: (كالبيع) خبر عن قوله وضمانه وما عطف عليه على تسامح في بعضها كما بين (وإن وقع) النكاح (بقلة خل) معينة حاضرة (فإذا هي خمر فمثله) أي فللزوجة مثل الخل والنكاح ثابت بخلاف البيع فيفسخ. ثم ذكر أربع مسائل." (١)

""""""""" صفحة رقم ٤٧٥ """"""""

قلت : ولا مفهوم للشوار بل مال الولد المحجور من حيث هو كذلك كما في ابن عرفة وقال في اللامية :

وللبعض نزع الشيء من يد حائز

إذا خيف أمر بالبقاء ويجعلا

بحفظ أمين هكذا منع والد

فقير من أخذ المال للوالد أعملا

الثالث : إذا ضمن الزوج جهاز زوجته وضاع هل يلزمه ما ألزم نفسه أم لا ؟ ويكون من باب ضمان ما لا يغاب عليه من العارية أو إسقاط الشفعة قبل وجوبها أو قال : أنا ضامن لرهنك ففي البرزلي أيضا أنه ينظر للوجه الذي خرج بسببه الضمان فإن كان بسبب ما يخشى من الزوجة فلا يلزمه الضمان إن قامت بينة بتلفه بغير سببه ، وإن كان خشي هو عليها فلا شيء عليه إن قامت بينة بتلفها بغير فعله ويلزمه ضمانها بكل حال إن لم توجد وادعى تلفها قال : وهناك جواب آخر وهو أنه إن ضمنها مخافة التلف عليها حيث تلفت ضمنها ، وإن قامت بينة بتلفها وإن ضمنها بسبب أنه يتهم على الغيبة عليها ولم يؤتمن عليها فلا ضمان إن قامت بينة بهلاكها . وفي الطرر : إن شهد عليه بالضمان فهلكت من غير بينة ضمنها إلا أن يأتي عليها

(١) الشرح الكبير للشيخ الدردير، المؤلف غير معروف ٢/٢٩٥

من الزمان ما تخلف في مثله فيحلف ويبرأ اه . وقال المتيطي : فإن التزم الزوج حين الإيراد أن يكون الجهاز في ضمانه جاز وكان في ضمانه وتقول في ذلك والتزم الزوج ضمانه في ماله وذمته بعد أن عرف أن ذلك لا يلزمه فطاع بالتزامه عارفا قدر ذلك الخ . وقال في الطرر إثر ما مر : والطوع وغيره سواء في اللزوم لأنه كان له أن ينتفع به بغير ضمان ولا شرط فصار ضمانه تطوعا على كل حال ، وقيل : إذا ضمنه بشرط الانتفاع به سقط عنه الضمان لأنه ضمان بجعل وإن كان بغير شرط الانتفاع به ضمنه اه . ولما ذكر ابن عرفة كلام المتيطي قال : ولم يذكر المتيطي حكم ضمانه هل هو ولو قامت البينة بتلفه من غير سببه أو ما لم تقم بذلك بينة . وفي أجوبة ابن رشد : إن ضمنها خوف تلفها حيث تلفت ضمنها ولو قامت البينة بتلفها ، وإن كان سبب ضمانه تهمته على الغيبة عليها ولم يؤتمن في ذلك فلا ضمان عليه فيما قامت بينة بتلفه اه .

قلت : وانظر لو لم يعلم سبب الضمان هل يحمل على تهمته على الغيبة عليها أو على خوف تلفها ؟ وفي البرزلي أيضا بعد ما مر ما نصه : إذا منعت المرأة جهازها عند البناء حتى يضمنه فاعرف في الطراز أنه إذا امتنع من الضمان فله ذلك ويقضي عليها من الجهاز ما لا يزري به عند أنظارها اه باختصار . ثم نقل بعد ذلك بأوراق عن الإمام الزواوي وأنه ليس للأب أخذ الجهاز بعد الإشهاد بدفعه وتسليمه وإشهاد الزوج بأنه تحت يده خشية تصرف الزوج في ذلك حيث لم ترض البنت ولا الزوج بذلك .

فصل في الاختلاف في متاع البيت

وإن متاع البيت فيه اختلفا

ولم تقم بينة تقتفى." (١)

""""""""" صفحة رقم ٣٦١ """"""""

ربحه بضاعة بأجر (أو) قال العامل (إجاره) أي بضاعة بأجر لفقد الربح ، وقال ربه : قراض وهذا إذا أشبه وحلف وكان التنازع بعد العمل انظر شرح المتن ، وأما إن ادعى رب المال أنه قرض وقال العامل : بل قراض أو وديعة فإن القول لرب المال بيمينه مطلقا اختلفا قبل العمل أو بعده لأن العامل مقر بوضع يده الذي هو سبب الضمان مدع لدفع ذلك السبب ، وكذا إذا قال رب الطعام لقابضه : بعته لك بثمن لأجل ، وقال قابضه : بل أسلفته لي فالقول لمدعي السلف قاله ابن رشد ونقله الفشتالي وغيره . وكذا لو قال : أشهدكم بأنى أبرأت فلانا من المائة دينار التي لي عليه ، فلما لقي الشهود فلانا وأخبروه بالإبراء المذكورة

(١) البهجة في شرح التحفة، المؤلف غير معروف ١/٤٧٥

قال لهم : كذب ما كان له عليه شيء وإنما أسلفته المائة التي ذكرها ، فالقول للمسلف مع يمينه عند ابن القاسم قاله في المفيد . ابن سهل : وإن ادعى ورثة على رجل أن موروثهم باع من المدعى عليه سلعة وبقي ثمنها عنده وقال المطلوب : لم أشترها منه وإنما أنا دلال أبيع للناس فبعتها بثمن دفعته إليه وأخذت أجرتي ، فإن القول للورثة عند أكثر الأصحاب كمسألة دعوى القراض والآخر القرض وهو الصواب اه . ابن يونس : وإن قال العامل : خسرت في البز فادعى رب المال أنه نهاه عنه ، فالقول للعامل إنه لم ينهه بخلاف لو استدان فادعى أن رب المال أمره بذلك فإن القول لرب المال إنه لم يأمره به .

تنبيه : القول للعامل أيضا في دعوى رد القراض لربه إن قبضه بلا بينة مقصودة للتوثق . (خ) : والقول للعامل في تلفه وخسره ورده إن قبض بلا بينة الخ . والمقصودة للتوثق هي التي أشهدها الدافع والقابض على الدفع والقبض معا سواء علم العامل وفهم أن رب المال قصد بهذا الإشهاد خوف دعوى الرد أم لا . فلو أشهدها القابض على نفسه بالقبض بغير حضور رب المال ، وأشهدها رب المال مقرا بأن الإشهاد لا لخوف الجحود ودعوى الرد بل لخوف إنكار الورثة العامل إن مات أو حضرت البينة على سبيل الإتفاق ، ولم يقل لها القابض والدافع : اشهدوا علينا فذلك كله كالقبض بلا بينة فيصدق في الرد فيه كما أفصح عن ذلك (ز) في شرحه للنص المتقدم ، وبه قرار الخرشي وغيره قوله في الشركة : ولمقيم بينة بأخذ مائة إن أشهد بها عند الأخذ الخ . ومما يوضح ذلك قول البرزلي ما نصه : وما يفعله الناس اليوم إذا أعطاه قراضا أو بضاعة يأتون إلى العدول ويكتبون رسما بذلك هي البينة المقصودة للتوثق اه . واحترز بالمقصودة للتوثق من البينة الحاضرة على وجه الاتفاق . قال ابن يونس : ومن أخذ الوديعة بمحضر قوم ولم يقصد إشهادهم عليه فهو كقبضه بلا بينة حتى يقصد الإشهاد عليه اه . وبهذا كله تعلم أن ما في (ح) وابن رحال في باب الوديعة من اشتراط حكم المودع عنده وفهمه عند الإشهاد أنه لا تقبل دعواه الرد إلا ببينة ، فحينئذ تكون مقصودة للتوثق خلاف النقل كما في (ق) وغيره . وقد أوضحناه في شرح الشامل فانظره . وقولي : مقرا بأن الإشهاد الخ . احترازا مما إذا سكت." (١)

"دون الفاسد وكذا تخلية الدار ونحوها إنما تكون قبضا في الصحيح دون الفاسد

تنبيه احترز المصنف بالمبيع عن زوائده المنفصلة الحادثة في يد البائع كثمرة ولبن وبيض وصوف وركاز يجده الرقيق وهو موهوب وموصى به فإنها للمشتري لأن الفسخ يرفع العقد من حينه لا من أصله وهي

---

(١) البهجة في شرح التحفة، المؤلف غير معروف ٣٦١/٢

أمانة في يد البائع لأن ضمان الأصل بالعقد ولم يوجد العقد في الزوائد ولم تحتو يده عليها لتملكها كالمستام ولا للانتفاع بها كالمستعير ولم يوجد منه تعد كالغاصب حتى يضمن

وسبب ضمان اليد عندهم أحد هذه الثلاثة والثمن المعين قبل قبض البائع له كذلك

(فإن تلف) المبيع بآفة سماوية (انفسخ البيع) لتعذر قبضه المستحق كالتفرق قبله في الصرف (وسقط الثمن) إن كان في الذمة فإن كان معينا وجب رده أو كان دينا على البائع عاد عليه كما كان

وينتقل الملك في المبيع للبائع قبيل التلف فتجهيزه على البائع لانتقال الملك فيه إليه

تنبيه استثنى من طرده ما لو وضع العين المبيعة بين يديه بعد امتناعه من قبضها كما مر ومن عكسه ما لو قبضه المشتري وديعة من البائع وقلنا بالأصح إنه لا يبطل به حق الحبس فتلف في يده فهو كتلفه في يد البائع وما لو قبضه المشتري من البائع في زمن الخيار والخيار للبائع وحده وتلف فهو كتلفه في يد البائع كما مر في بابه فينفسخ ويرجع المشتري بثمنه وللبائع بدله من مثل أو قيمة كالمستعار

وفي معنى التلف وقوع الذرة ونحوها في البحر إذا لم يمكن إخراجها منه وانفلات الصيد المتوحش والطير إذا لم يرج عوده واختلاط متقوم كثوب أو شاة بغيره ولم يتميز وانقلاب العصير خمرا على الأصح وإن عاد خلا كما أطلقه الشيخان هنا خلاف ما اقتضاه كلامهما في باب الرهن وجرى عليه ابن المقري هنا في بعض نسخ الروض من أنه متى عاد عاد حكمه وللمشتري الخيار لأن الخل دون العصير

ولو أبق الرقيق أو ضل أو غصب قبل القبض ثبت للمشتري الخيار ولم ينفسخ البيع لرجاء العود فإن أجاز البيع لم يطل خياره ما لم يرجع ولم يلزمه تسليم الثمن قبل العود فإن سلمه لم يسترده ما لم يفسخ

ولو غرقت الأرض بالماء أو سقطت عليها صخرة أو ركبها رمل قبل قبضها ثبت له الخيار لأنه عيب لا تلف

فإن قيل يناقضه ما في الشفعة من أن تغرق الأرض تلف لا عيب حتى لو حصل في بعضها لم يأخذ الشفيع إلا بالحصة وما في الإجارة من أنه كانهدام الدار فيكون تلفا

أجيب بأن الأرض لم تتلف والحيلولة لا تقتضي الإنفساخ كإباق العبد وإنما جعلت تالفة فيما ذكر لأن الشفيع متملك والتالف لا يصح تملكه ولأنه يغتفر في الدوام ما لا يغتفر في الإبتداء والمستأجر غير متمكن من الانتفاع من حيلولة الماء ولا يمكن ترقب زواله لأن المنافع تتلف ولا تضمن

(ولو أبرأه المشتري عن الضمان لم يبرأ في الأظهر ولم يتغير الحكم) المذكور للتلف لأنه أبرأ عما لم يجب

والثاني يبرأ لوجود سبب الضمان فلا ينفسخ به البيع ولا يسقط به الثمن

تنبيه الجمع بين البراءة وتغير الحكم تبع فيه المحرر قال الإسنوي لا فائدة فيه وقال الولي العراقي لا فائدة فيه إلا مجرد التأكيد وقال الزركشي فائدته نفي توهم عدم الإنفساخ إذا تلف وأن الإبراء كما لا يرفع الضمان لا يرفع الفسخ بالتلف وكذلك بقاء المنع من التصرف

(وإتلاف المشتري) المبيع حسا أو شرعا (قبض) له (إن علم) أنه المبيع حال إتلافه كما لو أتلف المالك المغصوب في يد الغاصب

وفي معنى إتلافه ما لو اشترى أمة فأحبلها أبوه وما لو اشترى السيد من مكاتبه أو الوارث من مورثه شيئا ثم عجز المكاتب أو مات المورث

وقد ذكر الشيخان في مسألة الوارث جواز بيعه قبل القبض

وإن كان على الميت دين فيتعلق بالثمن فإن كان معه وارث آخر لم ينفذ بيعه في قدر نصيب الوارث الآخر منه لو ورثه حتى يقبضه ويستثنى ما إذا قتله المشتري دفعا لصياله عليه وكذا القود كما بحثه في المطلب أو الردة والمشتري الإمام وقصد قتله عنها فينفسخ البيع فإن لم يقصد ذلك صار قابضا للمبيع وتقرر عليه الثمن كما حكاه الرافعي قبيل الديات عن فتاوى البغوي فإن كان غيره كان قابضا

إذ لا يجوز له قتله

فإن قيل لم لا يجوز لأن للسيد إقامة الحد على عبده فينبغي أن لا يستقر عليه الثمن لقتله كالإمام أجيب بأنه لو قتله وقلنا له ذلك لم يكن قاتلا إلا بحكم الملك فالملك هو الذي سلطه على ذلك فلو قلنا ينفسخ ولا يستقر عليه الثمن لتبين بالآخرة أنه قتل غير مملوك له فلذلك جعلنا قتله إياه قبضا

قال الإسنوي ويقاس بالمرتد تارك الصلاة وقاطع الطريق والزاني المحصن بأن زنى كافر حر ثم التحق بدار الحرب ثم استرق

فإن قيل

". (١)

"(اشترط قبض البدل في المجلس) كما دل عليه الخبر السابق حذرا من الربا فلا يكفي التعين عنه

---

(١) مغني المحتاج، المؤلف غير معروف ٦٦/٢

(والأصح أنه لا يشترط التعيين) للبدل أي تشخيصه (في العقد) لأن الصرف على ما في الذمة جائز

والثاني يشترط ليخرج عن بيع الدين بالدين

(وكذا) لا يشترط (القبض) للبدل (في المجلس) في الأصح (إن استبدل ما لا يوافق في العلة) للربا (كثوب عن دراهم) كما لو باع ثوبا بدراهم في الذمة لكن لا بد من التعيين في المجلس قطعا

وفي اشتراط التعيين في العقد الوجهان في استبدال الموافق

والثاني يشترط القبض لأن أحد العوضين دين فيشترط قبض الآخر كرأس مال السلم

فإن قيل كان الأولى أن يقول كطعام عن دراهم لأن الثوب ليس بربوي فلا يحسن أن يقال إن الثوب لا يوافق الدراهم في علة الربا أجيب بأن النفي يصدق بنفي الموضوع فيصدق بأن لا ربا أصلا

(ولو استبدل عن الفرض) بمعنى المقرض جاز ولو لم يتلف خلافا لبعض المتأخرين وإن كان قبل تلفه غير مستقر في الذمة من حيث أن للمقرض أن يرجع في عينه

(و) لو استبدل عن (قيمة المتلف) أو مثله وكذا عن كل دين ليس بثمن ولا مثمن كالدين الموصى به أو الواجب بتقدير الحاكم في المتعة أو **بسبب الضمان** أو عن زكاة الفطر إذا كان الفقراء محصورين (جاز) لاستقرار ذلك (وفي اشتراط قبضه) أي البدل (في المجلس) وتعيينه (ما سبق) من كونه مخالفا في علة الربا أو لا قال الإسنوي وفي الدين الثابت بالحوالة نظر ويحتمل تخريجه على أن الحوالة بيع أم لا ويحتمل أن ينظر إلى أصله وهو المحال به فيعطى حكمه اه

والثاني أوجه

(وبيع الدين) بعين (لغير من عليه باطل في الأظهر بأن اشترى عبد زيد) مثلا (بمائة له على عمرو) لأنه لا يقدر على تسليمه

وهذا ما صححه في المحرر والشرحين والمجموع هنا وجزم به الرافعي في باب الكتابة

والثاني يصح وهو المعتمد كما صححه في زوائد الروضة هنا موافقا للرافعي في آخر الخلع واختاره السبكي وحكي عن النص لاستقراره كبيعه ممن هو عليه وعلى هذا قال في المطلب يشترط أن يكون المديون مليا مقرا وأن يكون الدين حالا مستقرا

وصرح في أصل الروضة ك البغوي باشتراط قبض العوضين في المجلس وهذا هو المعتمد وإن قال في المطلب مقتضى كلام الأكثرين يخالفه

ولا يصح أن يحمل الأول على الربوي والثاني على غيره كما قال بعض المتأخرين لأن مثالهم يأبى ذلك لأن الشيخين مثلا ذلك بعبد

تنبيه القول بالصحة إنما يجري في غير المسلم فيه كما يؤخذ من تعليله ومما مر

(ولو كان لزيد وعمر دينان على شخص فباع زيد عمرا دينه بدينه بطل قطعا) اتفق الجنس أو اختلف لنهيه صلى الله عليه وسلم عن بيع الكالىء بالكالىء

رواه الحاكم وقال إنه على شرط مسلم

وفسر ببيع الدين بالدين كما ورد التصريح به في رواية البيهقي

ثم شرع في بيان القبض والرجوع في حقيقته إلى العرف فيه لعدم ما يضبطه شرعا أو لغة كالإحياء والحرز في السرقة فقال (وقبض العقار) أي إقباضه وهو الأرض والنخل والضياع كما قاله الجوهري وأراد بالضياع الأبنية (تخليته للمشتري) أي له تركه بلفظ يدل عليها من البائع كما اقتضاه كلام المطلب نقلا عن الأصحاب

(وتمكينه من التصرف) فيه بتسليم المفتاح إليه وإن لم يتصرف فيه ولم يدخله

ويشترط كما في الكفاية أن لا يكون هناك مانع حسي ولا شرعي لأن الشارع أطلق القبض وأناط به أحكاما ولم يبينه ولا له حد في اللغة فيرجع فيه إلى العرف كما مر والعرف قاض بما ذكره المصنف في هذا وما بعده

قال الرافعي وفي معنى العقار الأشجار الثابتة والثمرة المبيعة على الشجرة قبل أوان الجذاذ

وتقييده بذلك يشعر بأن دخول وقت قطعها يلحقها بالمنقول وهو كما قال الإسنوي متجه وإن نازع فيه الأذرعي

". (١)

"الذي في الذمة لتبرأ ذمته منه وهذا في عين فزال المحذور

(وإذا طالب المستحق الضامن) بالدين (فله مطالبة الأصيل بتخليصه بالأداء) للدين المضمون له ليبرأ الضامن

---

(١) مغني المحتاج، المؤلف غير معروف ٧١/٢

هذا (إن ضمن بإذنه) لأنه الذي أوقعه في المطالبة كما أنه يغرمه إذا غرم

ومعنى التخليص أنه يؤدي دين المضمون له ليبرأ الضامن

إما إذا ضمن بغير إذنه فليس له مطالبته لأنه لم يسلطه عليه

قال في المطلب ولو كان الأصيل محجورا عليه كصبي فللضامن بإذن وليه إن طولب طلب الولي بتخليصه ما لم يزل الحجر فإن زال توجه الطلب على المحجور عليه

ويقاس بالصبي المجنون والمحجور عليه بسفه سواء أكان الضامن بإذنهما قبل الجنون والحجر أم بإذن وليهما بعد ذلك

تنبيه قد يفهم اقتصار المصنف على المطالبة أن الضامن إذا حبس لا يحبس الأصيل وهو كذلك إذ لم يفت عليه قبل تسليمه شيء قال في المطلب ولا ملازمته

وصحح السبكي جواز الحبس لأن الأصيل لا يعطي شيئا إذا علم أنه لا يحبس وحينئذ فلا يبقى لتجويز المطالبة فائدة

(والأصح أنه لا يطالبه) بتخليصه (قبل أن يطالب) هو بالدين كما لا يغرمه قبل أن يغرم

والثاني يطالب بتخليصه كما لو استعار عينا للرهن ورهنها فإن للمالك مطالبته بفكها

وفرق الأول بأن الرهن محبوس بالدين وفيه ضرر ظاهر بخلاف الضامن وعلى الأول ليس له أن يقول للمضمون له إما أن تبرئني من الحق وإما أن تطالبني به لأطالب المضمون عنه كما قاله البندنيجي

ومحل الخلاف إذا كان الدين حالا وإلا فليس له مطالبته قطعا ولا يطالب الضامن بالإذن الأصيل بالمال ما لم يسلمه فلو دفع إليه الأصيل المال بلا مطالبة وقلنا لا يملكه وهو الأصح فعليه رده ويضمنه إن تلف كالمقبوض بشراء فاسد فلو قال له اقض به ما ضمنت عني فهو وكيل والمال أمانة في يده ولو أبرأ الضامن الأصيل أو صالح عما سيغرم في ماله أو رهنه الأصيل شيئا بما ضمنه أو أقام به كفيلا لم يصح لأن الضامن لا يثبت له حق بمجرد الضمان ولو شرط الضامن في ابتداء الضمان أن يرهنه الأصيل شيئا أو يقيم له به ضامنا فسد الضمان لفساد الشرط

(وللضامن) الغارم (الرجوع على الأصيل إن وجد إذنه في الضمان والأداء) لأنه صرف ماله إلى منفعة الغير بإذنه

هذا إن أدى من ماله أما لو أخذ من سهم الغارمين فأدى به الدين فإنه لا يرجع كما ذكروه في قسم الصدقات خلافا للمتولي

(وإن انتفى) إذنه (فيهما) أي الضمان والأداء (فلا) رجوع لتبرعه ولأنه لو كان له الرجوع لما صلى النبي صلى الله عليه وسلم على الميت بضمان أبي قتادة

(وإن أذن في الضمان فقط) وسكت عن الأداء (رجع في الأصح) لأنه أذن في سبب الأداء

والثاني لا يرجع لانتفاء الإذن في الأداء

ويستثنى من إطلاق المصنف الرجوع ما إذا ثبت الضمان بالبينة وهو منكر كأن ادعى على زيد وغائب ألفا وأن كلا منهما ضمن ما على الآخر بإذنه فأنكر زيد فأقام المدعي بينة وغرمه لم يرجع زيد على الغائب بالنصف لكونه مكذبا للبينة فهو مظلوم بزعمه فلا يرجع على غير ظالمه

وما لو ضمن عبد ما في ذمة سيده لأجنبي وأدى بعد العتق فإنه لا يرجع أي في الأصح وما لو قال الضامن بالإذن لله علي أن أؤدي دين فلان ولا أرجع به فإنه إذا أدى لا يرجع

(ولا عكس في الأصح) لا رجوع فيما إذا ضمن بغير الإذن وأدى بالإذن لأن وجوب الأداء بسبب الضمان ولم يأذن فيه

والثاني لايرجع لأنه أسقط الدين عن الأصيل بإذن

ويستثنى من إطلاق المصنف عدم الرجوع ما لو أدى بشرط الرجوع فإنه يرجع كغير الضامن وحيث ثبت الرجوع فحكمه حكم القرض حتى يرجع في المتقوم بمثله صورة كما قاله القاضي حسين

(ولو أدى مكسرا عن صحاح أو صالح عن مائة بثوب قيمته خمسون فالأصح أنه لا يرجع إلا بما غرم) لأنه الذي بذله

والثاني يرجع بالصحاح والمائة لحصول براءة الذمة والنقصان جرى من رب المال مسامحة للضامن ولو باعه الثوب

". (١)

"الرهن فإذا قال لم يكن إقراري عن حقيقة فله تحليف المقر له أنه قبض الموهوب وإن لم يذكر لإقراره تأويلا

(ولو قال هذه الدار) مثلا التي في يدي (لزيد) لا (بل لعمرو أو غصبتها من زيد) لا (بل) غصبتها (من عمرو) نزعت من يده و (سلمت لزيد) لأن من أقر بحق لآدمي لا يقبل رجوعه عنه

---

(١) مغني المحتاج، المؤلف غير معروف ٢٠٩/٢

(والأظهر أن المقر) بعد تسليمها لزيد (يغرم قيمتها لعمر بالإقرار) لأنه حال بينه وبين ملكه بإقراره الأول والحيلولة سبب الضمان كما لو غصب عبدا فأبق من يده

والثاني لا يغرم له لأن الإقرار الثاني صادف ملك الغير فلا يلزمه به شيء كما لو أقر بالدار التي بيد زيد لعمرو ولو قال غصبتها من زيد وغصبها زيد من عمرو سلمها لزيد لسبق إقراره وغرم لعمرو القيمة لأنه وصل إقراره الثاني بالأول أو لا تسلمها زيد بنفسه أو سلمها له الحاكم للحيلولة بإقراره الأول والحيلولة توجب الضمان كالإتلاف

ولو عطف ب ثم ففي الوسيط أنه يغرم أيضا

ولو قال غصبتها من زيد وعمرو سلمت إليهما أو غصبتها من زيد وغصبتها من عمرو فالحكم كذلك في أحد وجهين رجحه السبكي

ولو قال غصبتها من زيد والملك فيها لعمرو سلمت لزيد لأنه اعترف له بالملك ولا يغرم لعمرو لجواز كونها ملك عمرو وهي في يد زيد بإجارة أو وصية بمنافعها أو نحو ذلك كرهن

ثم شرع في القسم الثالث وهو بيان الاستثناء وهو إخراج ما لولاه لدخل فيما قبله ب إلا أو نحوها وهو من الإثبات نفي ومن النفي إثبات فقال (ويصح الاستثناء) في الإقرار وغيره لكثرة وروده في القرآن وغيره وهو مأخوذ من الثني بفتح الثاء المثلثة وسكون النون وهو الرجوع ومنه ثنى عنان دابته إذا رجع فلما رجع في الإقرار ونحوه عما اقتضاه لفظة سمي استثناء

واصطلاحا إخراج لما بعد إلا وأخواتها من حكم ما قبلها في الإيجاب وإدخاله في النفي

هذا (إن اتصل) بالمستثنى منه بحيث يعد معه كلاما واحدا عرفا فلا يضر الفصل اليسير بسكتة تنفس أو وعي أو تذكر أو انقطاع صوت كما نص عليه في الأم بخلاف الفصل بسكوت طويل وكلام أجنبي ولو يسيرا

وفي الكافي لو قال له علي ألف درهم الحمد لله إلا مائة لزمه الألف ولو قال ألف درهم أستغفر الله إلا مائة صح الاستثناء وهذا هو المعتمد خلافا لابن المقري لأن قوله أستغفر الله لاستدراك ما سبق منه

ولا بد أن ينوي الاستثناء قبل فراغ الإقرار كما مرت الإشارة إليه

(ولم يستغرق) أي الاستثناء المستثنى منه كقوله له علي خمسة إلا أربعة فإن استغرقه كقوله له علي خمسة إلا خمسة فباطل لأنه رفع ما أثبته

ولا يجمع مفرق بالعطف في المستثنى أو المستثنى منه أو فيهما إن حصل بجمعه استغراق أو عدمه لأن واو العطف وإن اقتضت الجمع لا تخرج الكلام عن كونه ذا جملتين من جهة اللفظ الذي يدور عليه الاستثناء وهذا مخصص لقولهم إن الاستثناء يرجع إلى جميع المعطوفات لا إلى الأخير فقط فلو قال له علي درهمان ودرهم أو درهم ودرهم ودرهم إلا درهما لزمه ثلاثة لأن المستثنى منه إذا لم يجمع مفرقه كان الدرهم الواحد مستثنى من درهم واحد فيستغرق فيلغو

ولو قال له علي درهم ودرهم ودرهم إلا درهما ودرهما ودرهما لزمه ثلاثة لأنه إذا لم يجمع مفرق المستثنى والمستنثى منه كان المستثنى درهما من درهم فيلغو وقس على ذلك

(فلو قال له علي عشرة إلا تسعة إلا ثمانية لزمه تسعة) لأن الاستثناء من الإثبات نفي وعكسه كما مر

والطريق فيه وفي نظائره أن يجمع كل ما هو إثبات وكل ما هو نفي ويسقط المنفي من المثبت فيكون الباقي هو الواجب فالعشرة والثمانية في هذا المثال مثبتان وهما ثمانية عشرة والتسعة منفية فإذا أسقطتها من الثمانية عشر يبقى تسعة فإن قال مع ذلك إلا سبعة وهكذا إلى الواحد لزمه خمسة لأن العدد المثبت ثلاثون والمنفي خمسة وعشرون فإذا أسقطتها بقي خمسة

ولك طريق آخر وهي أن تخرج المستثنى الأخير مما قبله وما بقي منه يخرج مما قبله فتخرج الواحد من الاثنين وما بقي تخرجه من الثلاثة وما بقي تخرجه من الأربعة وهكذا حتى ينتهي إلى الأول ولك أن تخرج الواحد من الثلاثة ثم ما بقي من الخمسة ثم ما بقي من السبعة ثم ما بقي من التسعة وهذا أسهل من الأول ومحصل له فما بقي فهو المطلوب

." (١)

"الربح هنا

أما بإذنه فيصح ويعتق على المالك إن لم يكن في المال ربح ويكون الباقي هو رأس المال إن بقي شيء وإلا ارتفع القراض وكذا إن كان فيه ربح ويغرم المالك نصيب العامل من الربح ولو أعتق المالك عبدا من مال القراض كان الحكم فيه كذلك

---

(١) مغني المحتاج، المؤلف غير معروف ٢٥٧/٢

تنبيه قوله بغير إذنه قال الأذرعي الظاهر أنه مقصور على الثانية وهو شراء من يعتق عليه ويحتمل عوده إلى التي قبلها أيضا ولم أره نصا اه

وهذا هو الظاهر

وسكت المصنف عما لو اشترى العامل من يعتق عليه وحكمه أنه إن اشتراه بالعين صح ولا عتق وإن اشتراه في الذمة للقراض فحيث صححنا الشراء بعين مال القراض أوقعناه عن القراض وحيث لم يصح هناك أوقعناه عن العامل وعتق عليه وظاهر أنه لو اشترى زوجته للقراض صح أيضا وأنه لا ينفسخ نكاحه

وليس للمالك ولا للعامل أن ينفرد بكتابة عبد القراض كما في الجواهر فإن كاتباه صح والنجوم قراض فإن عتق وثم ربح شارك العامل المالك في الولاء بقدر ماله من الربح

(وكذا زوجه) من ذكر أو أنثى ولا يشتريه بغير إذنه (في الأصح) للضرر بالمالك بسبب انفساخ نكاحه

والثاني يجوز إذ قد يكون مربحا وأما الضرر في حقه فمن جهة أخرى بخلاف شراء القريب لفواته بالكلية

تنبيه قول المصنف رحمه الله زوجه أولى من قول المحرر زوجته بالتاء قبل الهاء لما مر

(ولو فعل) العامل ما منع منه من الشراء بأكثر من رأس المال وشراء من يعتق عليه وشراء زوج المالك (لم يقع) ذلك الشراء في الصورة المذكورة (للمالك) لئلا يتضرر بذلك (ويقع) الشراء (للعامل إن اشترى في الذمة) لما سبق في الوكالة

هذا إن لم يصرح بالسفارة للقراض فإن صرح بها لزمه الثمن من ماله فإن أداه من مال القراض ضمنه وإن اشترى بعين مال القراض لم يصح وكذا إن اشترى في الذمة بشرط أن ينقد الثمن من مال القراض قاله الروياني

(ولا يسافر بالمال) ولو كان السفر قريبا والطريق آمنا ولا مؤنة في السفر (بلا إذن) من المالك لأن السفر مظنة الخطر

نعم لو قارضه بمحل لا يصلح للإقامة كالمفازة فالظاهر كما قاله الأذرعي أنه يجوز له السفر به إلى مقصده المعلوم لهما

ثم ليس له بعد ذلك أن يحدث سفرا إلى غير محل إقامته فإن أذن له جاز بحسب الإذن وإن أطلق الإذن سافر لما جرت به العادة من البلاد المأمونة فإن سافر بغير إذن أو خالف فيما أذن له فيه ضمن ولو عاد من السفر

ثم إن كان المتاع بالبلد الذي سافر إليه أكثر قيمة أو تساوت القيمتان صح البيع واستحق نصيبه من الربح وإن كان متعديا بالسفر ويضمن الثمن الذي باع به مال القراض في سفره وإن عاد الثمن من السفر لأن **سبب الضمان** وهو السفر لا يزول بالعود وإن كان أقل قيمة لم يصح البيع إلا أن يكون النقص قدرا يتغابن به

ولا يسافر في البحر إلا أن نص له عليه فلا يكفي فيه الإذن في السفر لخطره نعم إن عين له بلدا ولا طريق له إلا البحر كساكن الجزائر التي يحيط بها البحر كان له أن يسافر فيه وإن لم ينص له عليه والإذن محمول عليه قاله الأذرعي وغيره

والمراد بالبحر الملح كما قاله الإسنوي

قال الأذرعي وهل يلحق به الأنهار العظيمة كالنيل والفرات لم أر فيه نصا اه

والأحسن أن يقال إن زاد خطرها على خطر البر لم يجز إلا أن ينص له عليه كما قاله ابن شهبة

(و) لا يتصدق من مال القراض ولو بكسرة لأن العقد لم يتناوله

(ولا ينفق منه على نفسه حضرا) جزما (وكذا سفرا في الأظهر) كما في الحضر لأن له نصيبا من الربح فلا يستحق شيئا آخر ولأن النفقة قد تكون قدر الربح فيؤدي إلى انفراده به وقد تكون أكثر فيؤدي إلى أن يأخذ جزءا من رأس المال وهو ينافي مقتضاه فلو شرط له النفقة في العقد فسد

والثاني ينفق منه بالمعروف ما يزيد بسبب السفر كالإداوة والخف والسفرة والكراء لأنه حبسه عن الكسب والسفر لأجل القراض فأشبه حبس الزوجة بخلاف الحضر ويحسب هذا من الربح فإن لم يكن فهو خسران لحق المال وما يأخذه الرصدي والخفير يحسب من مال القراض وكذا المأخوذ ظلما كأخذ المكسة كما قاله الماوردي

(وعليه) أي العامل (فعل ما يعتاد) فعله من أمثال من عمال القراض بحسب العرف (كطي الثوب) ونشره وسبقا في قول

." (١)

"مضمون فوزع على النوعين سواء أكانت الإصابة بالداخل والخارج أم لا استويا في القدر أم لا والثاني يوزع على الداخل والخارج فيجب قسط الخارج ويكون التوزيع بالوزن وقيل بالمساحة

تنبيه يلغز بهذه المسألة فيقال رجل إن قتل إنسانا بخشبة لزمه بعض ديته وإن قتله ببعضها لزمه تمام ديته وقد علم مما تقرر أنه لو كان كله خارج الجدار كأن سمر عليه تعلق الضمان بسقوطه كله أو بعضه ولو كان كله في الجدار فلا ضمان بوقوعه كالجدار وأورد على المصنف ما لو سقط كل الخارج وبعض الداخل أو عكسه فالظاهر أنه كسقوطه كله وما لو سقط كله وانكسر نصفين في الهواء ثم أصاب فإنه ينظر إن أصاب بما كان في الجدار لم يضمن أو بالخارج ضمن الكل كما قاله البغوي في تعليقه ولو أصاب الماء النازل من الميزاب شيئا فأتلفه ضمن نصفها إن كان بعضه في الجدار وبعضه خارجا ولو اتصل ماؤه بالأرض ثم تلف به إنسان قال البغوي فالقياس التضمين أيضا

(وإن بنى) شخص (جداره) كله (مائلا إلى شارع) أو ملك غيره بغير إذنه (فكجناح) في ضمان ما تلف به وإن أذن فيه الإمام على ما مر لأنه مباح بشرط سلامة العاقبة وخرج بقوله إلى شارع ما لو كان مائلا إلى ملكه فلا ضمان لأن له أن يبني في ملكه ما يشاء

نعم لو كان ملكه مستحقا لغيره بإجارة أو وصية كان كما لو بناه مائلا إلى ملك غيره لأن منفعة الهواء تابعة لمنفعة القرار قاله الأذرعي

والظاهر في هذه عدم الضمان كما مر في حفر البئر في ملكه المستأجر ثم رأيت هذا البحث لشيخي

تنبيه لو أسقط قوله إلى شارع لاستغنى عما قدرته فإن بنى الجدار مائلا والبعض الآخر مستويا فسقط المائل فقط ضمن الكل أو سقط الكل ضمن النصف في الأصح والميل إلى طريق غير نافذ إن كان فيه مسجد أو بئر مسبل فكالشارع وإلا فملك لغير وعلى هذا يحمل قول الزركشي ينبغي أن يكون كالميل للشارع

ولا يبرأ ناصب الميزاب أو الجناح أو باني الجدار المائل من الضمان ببيع الدار لغيره حتى لو تلف بها إنسان ضمنته عاقلة البائع كما نقله عن البغوي وأقراه

---

(١) مغني المحتاج، المؤلف غير معروف ٣١٧/٢

نعم لو بنى الجدار إلى ملك الغير عدوانا ثم باعه منه ودفعه إليه فينبغي أن يبرأ بذلك كما يؤخذ مما مر في مسألة البئر إذا حفره عدوانا ثم رضي المالك ببقائها فإن الحافر يبرأ بذلك كما قاله الزركشي وغيره

وقال البلقيني الأصح عندي لزومه المالك أو عاقلته حالة التلف قال ولو تعلق بالواضع أو بعاقلته كما قاله البغوي لتعلق بالصانع له الذي وضعه للمالك اه

فإن قيل ما الفرق على قول الزركشي بين الجدار والميزاب

قلت الفرق أن **سبب الضمان** هنا هو العدوان وقد زال وثم لم يزل لأن الانتفاع مشروط بسلامة العاقبة فاستمر الحكم على ما هو عليه ولو كانت عاقلته يوم التلف غيرها يوم إخراج الجناح أو نصب الميزاب أو ميل الجدار كان الضمان عليه كما صرح به البغوي في تعليقه (أو) بنى جداره (مستويا فمال) إلى شارع أو ملك غيره (وسقط) على شيء فأتلفه (فلا ضمان) به لأنه تصرف في ملكه والميل لم يحصل بفعله فأشبه ما إذا سقط بلا ميل سواء أمكنه هدمه وإصلاحه أم لا (وقيل إن أمكنه هدمه وإصلاحه ضمن) لتقصيره بترك النقد والإصلاح

تنبيه لو اختل جداره فصعد السطح فدقه للإصلاح فسقط على إنسان فمات قال البغوي في فتاويه في باب الغصب إن سقط وقت الدق فعلى عاقلته الدية (ولو سقط) ما بناه مستويا بعد ميله (بالطريق فعثر به شخص) فمات (أو تلف) به (مال فلا ضمان) عليه (في الأصح) لأنه بنى في ملكه بلا ميل والسقوط لم يحصل بفعله سواء أقصر في رفعه أم لا والثاني عليه الضمان لتقصيره بترك رفع ما سقط الممكن له

قال الأذرعي هو المختار وعلى الأول لا فرق أن يطالب بالنقض أو لا ولو استهدم الجدار ولم يمل لم يلزمه نقضه كما في أصل الروضة ولا ضمان ما تولد منه لأنه لم يجاوز ملكه وقضية هذا أنه إذا مال لزمه ذلك وليس مرادا ولصاحب الملك مطالبة من مال جداره إلى ملكه بالنقض كأغصان الشجرة تنتشر إلى هواء ملكه فإن له المطالبة بإزالتها لكن لو تلف بها

". (١)

" أبرأه المشتري عن الضمان لم يبرأ في الأظهر إذ هو إبراء عما لم يجب وهو غير صحيح وإن وجد سببه والثاني يبرأ لوجود **سبب الضمان** فلا ينفسخ به البيع ولا يسقط به الثمن ولم يتغير الحكم السابق

---

(١) مغني المحتاج، المؤلف غير معروف ٨٦/٤

وفائدة هذا كما قاله الزركشي نفي توهم عدم الانفساخ إذا تلف وأن الإبراء كما لا يرفع الضمان لا يرفع الفسخ بالتلف ولا المنع من التصرف وإن زعم بعضهم عدم فائدته وإتلاف المشتري للمبيع حسا أو شرعا يعني المالك وإن لم يباشر العقد لا وكيله وإن باشر بل هو كالأجنبي نبه عليه الزركشي وسواء في ذلك أذن له المالك في القبض أم لا وإتلاف قنه بإذنه قبض له إن علم أنه المبيع ولم يكن لعارض يبيحه فخرج قتله لزناه بأن زنى ذميا محصنا ثم حارب ثم أرق أو لردته أو لنحو تركه الصلاة أو قطعه الطريق وهو إمام أو نائبه وإلا كان قابضا لأنه لا يجوز له لما فيه من الافتيات على الإمام فلا نظر لكونه مهدرا وقتله لصياله عليه أو لمروره بين يديه وهو يصلي بشرطه أو لقتاله مع بغاة أو مرتدين أو قودا فلا يكون في هذه الصور كلها قبضا سواء أكان عالما أنه المبيع أم جاهلا لأنه لما أتلفه بحق كان تلفه واقعا عن ذلك الحق دون غيره وإلا أي وإن لم يعلم المشتري أنه المبيع قال الشارح وقد أضافه به البائع فقولان كأكل المالك طعامه المغصوب حال كونه ضيفا للغاصب جاهلا أنه طعامه أظهرهما أنه يصير قابضا تقديما للمباشرة فكذا هنا أيضا وفي معنى إتلافه كما مر ما لو اشترى أمة فأحبلها أبوه أو سيد من مكاتبه أو وارث من مورثه شيئا ثم عجز المكاتب أو مات المورث وإنما قيد الشارح

.".(١)

"دينارا بفلوس معلومة في الذمة امتنع اعتياضه عن الفلوس لان الدينار لكونه نقد هو الثمن والفلوس هو

المثمن الذي في الذمة يمتنع الاعتياض عنه على ما فيه من الخلاف سم على حج اه.

ع ش قوله: (وإلا) أي بأن كانا نقدين أو عرضين نهاية ومغني قول المتن (في علة الربا الخ) أي أو في جنس الربا كذهب عن ذهب اشترطت الشروط المتقدمة اه.

نهاية قال ع ش قوله: الشروط المتقدمة منها التقابض فلو كان له على غيره دراهم فعوضه عنها ما هو جنسها اشترط الحلول والمماثلة وقبض ما جعله عوضا عما في ذمته في المجلس وصدق على ما ذكر أنه تقابض لوجود القبض الحقيقي في العوض المدفوع لصاحب الدين والحكمي فيما في ذمة المدين لانه كإنه قبضه منه ورده إليه ومحل اشتراط المماثلة حيث لم يجز التعويض بلفظ الصلح كما مر ويأتي اه.

ع ش واعلم أن ذلك غير مخالف لما تقدم آنفا في الشرح كالنهاية من عدم جواز الاستبدال في ربوي بيع

(١) نهاية المحتاج، المؤلف غير معروف ٤/٨٠

بمثله من جنسه لتفويته ما شرط فيه من قبض ما وقع العقد به لانه فيما إذا كان العقد المتقدم على الاستبدال ربويا وما هنا فيما إذا كان عقد الاستبدال ربويا قول المتن (اشترط قبض البدل في المجلس) والظاهر أنه يشترط الحلول أيضا وكأنه تركه لانه لازم للتقابض في الغالب كما مر اه.

رشيدي قول المتن (للبدل) أي شخصه اه.

مغني قوله: (لجواز الصرف عما في الذمة) كأن قال بعت الدراهم التي في ذمتك بدينار في ذمتك ثم يعينه ويقبضه في المجلس.

قوله: (لكن يشترط) إلى المتن في النهاية والمغني قوله: (وليس بسديد الخ) هو كما قال بل هذا الاعتراض ساقط لا ورود له نعم قول الشارح وكأنه غفل الخ لم يظهر وجه مناسبته لما نحن فيه فليتأمل فإن ما نحن فيه ليس من ذلك القبيل اللهم إلا أن يقال مقصوده إنها إذا صدقت مع نفي الموضوع بصدقها فيما نحن فيها بالاولى اه.

سيد عمر قوله: (أو دينه لا نفسه) عبارة النهاية والمغني نفسه أو عن دينه وإن حمله بعضهم على الثاني اه. قال ع ش قوله: نفسه بأن كان باقيا في يد المقترض وقوله: أو دينه بأن تصرف فيه فلزمه بدله وقوله: وإن حمله بعضهم هو ابن حج اه ولا يخفى أن الاختلاف إنما هو في حل المتن لا في الحكم وأطال الرشيدي في رد حلهما قوله: (وإن جاز الخ) أي فيما إذا كان القرض باقيا في يد المقترض قوله: (كذلك) لا حاجة إليه قوله: (يعني) إلى التنبيه في النهاية إلا قوله: أخذا مما قالوه في مسألة الكيس الآتية قوله: (وبدل غيرهما الخ) بالجر عطفا على قيمة المتلف عبارة المغني وكذا عن كل دين ليس بثمن ولا بمثمن كالدين الموصى به أو الواجب بتقدير الحاكم في المتعة أو **بسبب الضمان** أو عن زكاة الفطر إذا كان الفقراء محصورين اه.

قوله: (بأنه الخ) تصوير للتبرع قوله: (وذلك لاستقراره) علة لقول المصنف جاز اه.

ع ش قوله: (ولو بإخبار المالك) أي للبدل أي فلو تبين

خلافه تبين بطلانه فيما يظهر اه.

ع ش وكتب سم أيضا ما حاصله تقدم في شرح قول المصنف في باب الربا ولو باع جزافا تخمينا الخ ما هو صريح في أن العلم بالاخبار كاف في حقيقة المعاوضة فلينظر ما أفهمه قوله هنا." (١)

"الغارمين فأدى به الدين فإنه لا يرجع كما ذكروه في الصدقات خلافا للمتولي اه.

قوله: (لو ضمن من سيده) أي بإذنه لاجنبي ثم أدى بعد عتقه لعل وجهه أنه لما جرى سبب الوجوب قبل

---

(١) حواشي الشرواني، المؤلف غير معروف ٤٠٧/٤

العتق كان المغروم سبب الضمان كأنه من مال السيد اه.

ع ش وفي النهاية عطفا على ما مر أو ضمن السيد دينا على عبده غير المكاتب بإذنه وأداه قبل عتقه أو على مكاتبه بإذنه وأداه بعد تعجيزه أو ضمن فرع عن أصله صداق زوجته بإذنه ثم طرأ إعساره بحيث وجب إعفافه قبل الدخول وامتنعت الزوجة من تسليم نفسها حتى تقبض الصداق فأداه الضامن فلا رجوع وإن أيسر المضمون أي الاصل وكذا لو ضمنه عنه عند وجوب الاعفاف بإذنه ثم أدى اه.

قال ع ش قوله م ر قبل عتقه مفهومه أنه لو أدى بعد عتقه رجع عليه وقوله م ر فلا رجوع أي لان ما أداه صار واجبا عليه بإعسار أصله وعلى هذا لو نزوج الاصل زوجتين وضمن صداقهما الفرع بإذن أصله ثم أعسر الاصل فينبغي أن الفرع إذا غرم يرجع بصداق واحدة منهما لحصول الاعفاف بها وتكون الخيرة للفرع فيما يرجع به من الصداقين اه.

قوله: (أو نذر ضامن) أي بالاذن (الاداء) قد يستشكل انعقاد نذر الاداء مع وجوبه على الضامن والواجب لا ينعقد نذره اللهم إلا أن يجعل المنذور مجرد عدم الرجوع فقط حتى يكون المقصود من قوله لله علي الاداء وعدم الرجوع هو نذر عدم الرجوع اه.

سم عبارة ع ش فإن نذر الاداء ولم يذكر الرجوع ثم أدى لم يرجع قاله الجلال البلقيني: لان الاداء صار واجبا فيقع الاداء عن الواجب ونازعه م ر في نفس انعقاد النذر لان الاداء واجب لا يصح نذره انتهى اه.

أقول ولك دفع إشكال سم ونزاع م ر بأن وجوب الاداء على الضامن على سبيل الكفاية كما مر وفرض الكفاية ينعقد نذره قول المتن (وإن انتفى فيهما فلا) شمل ما لو أذن له المديون في أداء دينه فضمنه وأدى عن جهة الضمان وما لو قال له أد عني ما ضمنته لترجع به علي وأدى لا عن جهة الاذن اه.

نهاية قال الرشيدي قوله م ر عن جهة الضمان خرج به ما لو أدى عن جهة الاذن أو أطلق لكن الشهاب بن قاسم نقل عنه في حواشى المنهج أنه لا رجوع في صورة الاطلاق فلعل ما اقتضاه كلامه هنا غير مراد له فليراجع اه.

وقال ع ش قوله م ر لا عن جهة الاذن أي بأن أدى عن جهة الضمان أو أطلق فليتأمل ولو اختلفا في النية وعدمها صدق الدافع فإن النية لا تعلم إلا من جهته اه.

قوله: (ولم ينهه عنه) أي عن الاداء اه.

ع ش قوله: (بعد الضمان) حق العبارة فإن كان بعد الضمان الخ اه.

رشيدي قوله: (فلا يؤثر) أي النهي فيرجع بما أدى اه.

ع ش قوله: (فإن انفصل عن الاذن) بأن طال الزمن بينهما اه.

ع ش قوله: (فهو) أي النهي (رجوع عنه) أي الاذن وهو صحيح اه.

ع ش قوله: (وإلا أفسده) أي وإن كان النهي مقارنا للاذن أفسد النهي الاذن فلا رجوع في الصورتين قوله: (وقد لا يرجع) إلى قول المتن ولو أدى." (١)

"الرجوع رجع وكذا إن أذن مطلقا قوله: (إن لم يضمن الخ) خبر محل الخ أي إن لم يضمن بعد الاذن في الاداء أصلا أو ضمن بإذن بعد الاذن في الاداء فقوله بلا إذن متعلق بيضمن قوله: (وإلا) أي وإن ضمن بلا إذن فيه بعد الاذن في الاداء قوله: (أبطل الاذن) أي في الاداء قوله: (لان الآذن) إلى قوله ويظهر في النهاية قوله: (فيرجع بالاقل) من الدين المضمون وقيمة المؤدي فلو صالح بالاذن عن عشرة دراهم على ثوب قيمته خمسة أو عن خمسة على ثوب قيمته عشرة لم يرجع إلا بخمسة اه.

مغني وقوله المضمون لعل الصواب إسقاطه إذ الكلام هنا في الاذن في الاداء بلا ضمان كما يصرح به قول الشارح ويظهر الخ قوله: (كما مر) أي في شرح ولو أدى مكسر الخ قوله: (هنا) أي فيما لو أدى بالاذن بلا ضمان وصالح عن الدين بغير جنسه قوله: (ما مر ثم الخ) أي فيما لو ضمن بالاذن وصالح عن الدين بغير جنسه اه.

ع ش أي بقوله وبالصلح ما لو باعه الثوب الخ قوله: (عن حق لزمه) أي بسبب الضمان قوله: (وإحالة المستحق) إلى المتن في النهاية إلا قوله وإحالة الضامن قوله: (قبض) أي فيرجع على الاصيل بمجرد الحوالة وإن لم يؤد للمحتال ومحله إذا لم يبرئه المحتال ليلائم ما مر في قوله م ر ولو أبرأ المحتال الضامن لم يرجع ثم رأيت في الخطيب هنا ما هو صريح فيما قلناه اه.

ع ش وصرح سم أيضا هنا بذلك قوله: (رجع به الخ) عبارة المغني فإن له الرجوع لانتقال الدين إليه ولو كان الضمان بغير إذن اه.

قوله: (مطلقا) أي سواء ضمن بالاذن أم بدونه لانه صار له وهو باق في ذمة الاصيل وإنما عبر بالرجوع وإن كانت الصورة أنه لم يؤد شيئا لانهم نزلوا انتقال الدين له بالارث منزلة الاداء ما صرحوا به اه.

رشيدي عبارة سم قوله رجع به مطلقا أي سواء ضمن بإذنه أو بدونه كما هو المتبادر من لفظ مطلقا لكن هذا ظاهر إن ورثه قبل الاداء

فلو ورثه بعد الاداء فالوجه عدم الرجوع إذا ضمن بلا إذن كما لو لم يرثه بل أولى لانه لم يرجع بعد أدائه

---

(١) حواشي الشرواني، المؤلف غير معروف ٥/٢٧٤

وقد ضمن بلا إذن من غير استفادة شئ فلان لا يرجع بعده كذلك وقد استفاد ما أداه بالارث بالاولى اه. وبجميع ذلك يعلم ما في تفسير ع ش الاطلاق بقوله سواء أداه لمورثه أو لا اه.

قول المتن (والمؤدي) أي بالاذن بلا ضمان اه.

مغني قوله: (بشرطهما السابق) أي الاذن وعدم قصد التبرع بأداء ثم قوله ذلك إلى قوله أي عرفا في النهاية قوله: (من لم يعلم الخ) فلا يكفي إشهاد من يسافر قريبا إذ لا يفضي إلى المقصود اه.

مغني قوله: (سواء أكان) أي من لم يعلم الخ قوله: (ولو مستورين) أي ولو كان الشاهدان مستوري العدالة ثم قوله ذلك إلى قول المتن فإن لم يشهد في النهاية وكذا في المغني إلا قوله لكنه إلى وقوله إلخ وقوله فقول الحاوي إلى المتن قوله: (وإن بان الخ) الاولى كما في المغني فبان الخ قوله: (وإن بان فسقهما) هذا يفيد الرجوع حينئذ مع أخذ المستحق الدين من الاصيل اه.

سم وينبغي تقييده بما إذا صدق الاصيل الضامن في الاشهاد والاداء قوله: (وإن كان الخ) أي حين الدفع والاشهاد اه.

مغني.

قوله: (كذلك) أي حاكمه حنفي قوله: (فينبغي هنا الخ) عبارة النهاية فالاوجه عدم الاكتفاء به اه.

قوله: (به) أي برجل قوله: (على الاوجه) عبارة النهاية فيما يظهر كما أفاده الزركشي اه.

قوله: (إن لم يقصده) أي الحلف حين الاشهاد قوله: (يحمل الخ) لا يخفى بعد هذا الحمل بل لا يحتمله اللفظ أصلا قول المتن." (١)

"إقامته إلا بإذن مغني وشرح الروض.

قوله: (وإن قرب) إلى التنبيه في المغني إلا قوله سواء إلى وقد قال وقوله وإن لم يعقد وقوله ويصح جر إلى المتن.

قوله: (وإن قرب السفر إلخ) ومحل امتناع السفر إلى ما يقرب من بلد القراض إذا لم يعتد أهل بلد القراض الذهاب إليه ليبيع ويعلم المالك بذلك وإلا جاز لان هذا بحسب عرفهم بعد من أسواق البلد اه ع ش.

(فيضمن إلخ) أي فإن سافر بمال القراض بلا ضرورة يضمن إلخ نهاية وغرر عبارة المغني والروض مع شرحه فإن سافر بغير إذن أو خالف فيما أذن له فيه ضمن ولو عاد من السفر اه قوله: (ولم ينعزل) ثم إن أراد التصرف في مال القراض عزل قدره أو اشترى بالجميع ويكون ما اشتراه بعضه للعامل وبعضه للقراض اه ع

---

(١) حواشي الشرواني، المؤلف غير معروف ٢٧٩/٥

ش عبارة الانوار فلو خلط ألفا بألف وربح فالنصف مختص به والنصف مقسوم على المشروط اه.
قوله: (ثم إذا باع فيما سافر إليه إلخ) ولا يشترط لصحة البيع فيه كونه بنقد بلد القراض بل يجوز بالعرض وبنقد ما سافر إليه حيث كان فيه ربح أخذا مما تقدم ثم ظاهر كلامه صحة البيع فيه وإن عين غيره للبيع بل ولو نهاه عن السفر إليه وقد يستفاد ذلك من قوله ثم إذا باع إلخ اه ع ش قوله: (صح البيع للقراض) واستحق نصيبه من الربح وإن كان متعديا بالسفر ويضمن الثمن الذي باع به مال القراض في سفره وإن عاد بالثمن من السفر لان سبب الضمان وهو السفر لا يزول بالعود مغني وروض مع
شرحه قوله: (ويجوز) وإن سافر بالمال بالاذن فوجده يباع رخيصا مما يباع في بلد القراض لم يبع إلا إن توقع ربحا فيما يعتاض أو كانت مؤنة الرد أكثر من قدر النقص اه روض مع شرحه قوله: (نعم لا يستفيد إلخ) عبارة الروضة ولا يركب البحر فإن فعل بلا إذن ضمن وإن عاد من السفر اه قوله: (ركوب البحر) أي الملح سم ورشيدي.
قوله: (إلا بالنص عليه) ويكفي في التنصيص التعبير بالبحر وإن لم يقيد بالملح م ر اه سم قوله: (أو الاذن في بلد إلخ) كساكن الجزائر التي يحيط بها البحر اه مغني قوله: (ثم إن عين) راجع إلى قوله أما بالاذن فيجوز قول المتن (ولا ينفق إلخ) ولا يتصدق من مال القراض ولو بكسرة لان العقد لم يتناوله روض ومغني قوله: (ولا ينفق إلخ) أي وإن جرت العادة بذلك وظاهره وإن أذن له المالك وينبغي خلافه ولعله غير مراد وعليه فإذا فرض ذلك فالظاهر أنه يكون من الربح فإن لم يوجد حسب من رأس المال اه ع ش قوله: (فإن شرط ذلك في العقد فسد) ينبغي جريانه في صورة السفر أيضا كما يفيده قول الروض ولا النفقة على نفسه من مال القراض وإن سافر بل لو شرطها فسد القراض انتهى اه سم وكذا يفيده ذكر النهاية والمغني هذه العبارة في شرح وكذا سفر في الاظهر بل يفيده صنيع الشارح أيضا بإرجاع قول المتن وكذا سفر إلخ إلى ما قبله متنا وشرحا قوله: (فعل التاجر إلخ) نائب فاعل يعتاد ش اه سم قوله: (فرفعه متعين) أي عطفا على فعل ما يعتاد قوله: (لقضاء العرف به) يشكل مع قوله وإن لم يعتد اه سم ورشيدي قوله: (بالرفع) أي عطفا على الامتعة أي على المضاف المحذوف منه والاصل لا وزن الامتعة الثقيلة ولا نحوه قوله: (ما بعد لا) وهو الامتعة الثقيلة دون قوله ونحوه كما يصرح به قوله وعلى هذا إلخ اه ع ش قوله: (وإلا أوهم عطفه على الامتعة إلخ) أفهم أنه على الجر ليس عطفا على الامتعة فعلى ماذا يعطف فإن قيل هذا الايهام متحقق على تقدير رفع الامتعة أيضا لانه يتوهم أنه نفس المعطوف عليه فلم لم يحترز عنه قلت لعدم إمكان." (١)

---

(١) حواشي الشرواني، المؤلف غير معروف ٦/٩٧

" قوله للعرف في المعاملات ولأنه صرف ماله إلى منفعة الغير بإذنه فأشبه ما لو قال اعلف دابتي فعلفها في ملك المؤدى عنه قوله أي لا يرجع كما قدمه ما قدمه إنما هو عند انتقاء الإذن في الضمان والأداء قوله إلا إن أدى بشرط الرجوع فيرجع أي في المثلي بالمثل والمتقوم حكمه حكم القرض فيرجع بالمثل الصوري على الأصح ذكره الأذرعي وقد صرح الرافعي بعد هذا بأن الأداء في ضمنه إقراض المؤدى عنه وقال القمولي فإن كان المضمون مثليا رجع بمثله وإن كان متقوما رجع بمثله أو بقيمته فيه وجهان كالقرض قوله والضامن بالإذن يرجع لو نهاه عن الأداء قال الإسنوي يتجه أنه إن نهاه بعد الضمان لم يؤثر أو قبله فإن انفصل عن الإذن فهو رجوع أو اتصل به أو أفسده وقوله قال الإسنوي يتجه إلخ أشار إلى تصحيحه فرع قال جلال الدين البلقيني لو أذن إنسان في الضمان فقال الضامن لله علي أن أؤدي دين فلان فإذا طولب وأدى هل يرجع لم نر من تعرض لذلك وقياس الفقه يقتضي أن لا رجوع لأنه إنما أدى تقربا إلى الله تعالى ووفاء بنذره لا عن جهة الضمان وهو فرع حسن فليتأمل

ا هـ

أما لو قال الضامن بالإذن لله علي أن أؤدي دين فلان ولا أرجع به فلا يرجع به وهذا ظاهر قال شيخنا ووجهه أنه صار قربة مستحبة تنعقد بالنذر وما ذكره الجلال البلقيني إن حمل على نذر صدر منه بعد إذن الأصيل وقبل الضمان أو بعدهما وقصد بالأداء غير جهة الضمان فظاهر وإلا فهو مردود بأنه بعد الضمان صار الدين لازما له فنذر أدائه من باب نذر الواجب وهو غير صحيح كا

تنبيه ولو ضمن عبد دينا على سيده بإذنه وأداه ولو بعد عتقه لم يرجع به عليه ولو ضمن السيد دينا على عبده غير المكاتب بإذنه وأداه قبل عتقه أو على مكاتبه بإذنه وأداه بعد تعجيزه لم يرجع ولو ضمن فرع عن أصله صداق زوجته بإذنه ثم طرأ إعساره بحيث وجب الإعفاف قبل الدخول وامتنعت الزوجة من تسليم نفسها حتى تقبض الصداق فأداه الضامن فإنه لا يثبت له الرجوع ولو أيسر المضمون وكذا لو ضمنه عنه عند وجوب الإعفاف بإذنه ثم أدى قوله فهو مظلوم بزعمه فلا يرجع على غير ظالمه مثله لو قال الضامن أقبضك الأصيل وأنكر الأصيل ولم يثبت وسلم الضامن قوله ومحل رجوع الضامن إذا أدى من ماله أي ولم يقصد الأداء عن غير جهة الضمان قوله فرع من الأداء أن يحيل الضامن أو يحال عليه قال جلال الدين البلقيني لو أبرأ المحتال الضامن فهذه فيها وقفة كبيرة يجوز أن يقال لا يرجع لأنه لم يغرم شيء ويجوز أن يقال بالرجوع لأن هذا إبراء من غير صاحب الدين وهو المضمون له وهذا الثاني أرجح قال شيخنا لا ينافي

ذلك قولهم قرينة أن من الأداء الحوالة لأنه وإن ثبت بها الرجوع فمحله له حيث لم يبرئ المستحق الضامن فإن أبرأه تبين أنه لم يغرم شيئا وقوله يجوز أن يقال لا يرجع أشار إلى تصحيحه

قوله إلا في صيرورته إرثا له فإنه يرجع به مطلقا إلخ قال في الخادم يمكن تنزيل كلام الرافعي على صورتين إحداهما أن يدفع الضامن الدين للمضمون له ثم مات فورثه الضامن قبل الرجوع فإنه لا يمتنع عليه الرجوع بسبب عوده إليه وليس للأصيل أن يقول أنت لم تغرم شيئا لأن الدين الذي دفعته عاد إليك لأن للضامن أن يقول اختلف السبب لأني دفعته **بسبب الضمان** وصار إلي بسبب الإرث وذلك لا يمنع الرجوع وتعبير الرافعي بالصيرورة دون الانتقال صريح في ذلك ويقاس بذلك الصورة التي ذكرها الرافعي بعد هذا بورقتين فيما لو أدى الضامن الدين ثم وهبه رب المال له ففي رجوعه على الأصيل وجهان مبنيان على ما لو وهبت الصداق من الزوج ثم طلقها قبل الدخول والأصح الرجوع والتعبير بالصيرورة يشمل ذلك وكذلك الصداق وسائر التمليكات لأن الصيرورة معناها ذهاب الشيء وعوده إلى ما كان الثانية ضامن الضامن إذا ورث دين المضمون له فإنه ينتقل إليه الدين الذي على المضمون عنه بجهة الإرث ويبرأ هو من الضمان لانتقال الحق إليه فتنزل براءة ذمته بالإرث منزلة براءته بالأداء فيرجع حينئذ على الضامن إن ضمن بإذنه وإلا فلا ولا يجيء هذا في الضامن لرب الدين إذ لا واسطة يرجع إليه بجهة الضمان بخلاف هذه الصورة ولا يخفى ما في هاتين الصورتين من الخروج عن ظاهر اللفظ

ا هـ

وتبعه ابن العماد قوله فلو صالح عن الألف المضمونة بعبد إلخ شمل دين السلم لأن الصلح لم يقع عنه وإنما وقع عن نظيره وكذلك الاعتياض عنه وسيأتي أنه لو قال بعتك العبد بما ضمنته لك صح في الأصح وأنه يرجع بما ضمنه ولو كان قرضا لرجع بما باع به هكذا بياض بالأصل

". (١)

"صحة ضمان المريض قوله من سكران أي متعد بسكره ولو ضمن حال سكره واختلفا في التعدي وعدمه صدق مدعي عدم التعدي لأنه الأصل ح ل قوله ومريض مرض الموت إلخ محل عدم صحة ضمان المريض إذا قضى الدين من ماله بخلاف ما لو حدث له مال أو أبرأ فما أطلقه الشارح محمول على هذا التفصيل كما قاله حج ا هـ شوبري قوله ومكره أي ما لم يكن بحق أما ما كان بحق كأن نذر أن يضمن

---

(١) حاشية الرملي على أسنى المطالب شرح روض الطالب، المؤلف غير معروف ٢٤٨/٢

فلانا ثم امتنع فأكرهه الحاكم على الضمان فضمن فإنه يصح ا هـ من خط شيخنا الأشبولي قوله ولو بإكراه سيده أي لأنه لا تسلط له على ذمته بخلاف بقية الاستخدامات ا هـ شرح م ر قوله وصح ضمان رقيق إلخ لم يفرعه لأن العبد بإذن سيده لا يقال له أهل تبرع على الإطلاق ا هـ ح ل قوله بإذن سيده أي لأنه إثبات مال في الذمة بعقد وإنما صح خلع أمة بمال في ذمتها بلا إذن لأنها قد تضطر إليه لنحو سوء عشرة ا هـ ح ولا بد من علم السيد بقدر المال المأذون في ضمانه كما قاله الأذرعي وغيره وإذا أدى بعد العتق فالرجوع له لأنه أدى ملكه بخلافه قبله ا هـ شرح م ر قوله لا له أما ضمان ما على سيده لأجنبي بإذنه فيصح كما شمله إطلاق المتن أولا ويصرح بهذا قوله في شرح البهجة فإن ضمن الرقيق بإذن سيده صح ولو عن السيد لا له لأنه يؤدي من كسبه وهو لسيده ا هـ شرح البهجة الكبير ومثله حج ثم إذا غرم لا رجوع له على سيده وإن أدى بعد العتق كما يأتي للشرح بعد قول المصنف وللضامن الرجوع على الأصل إلخ ويوجه بأنه لما جرى سبب الوجوب قبل العتق كان المغروم **بسبب الضمان** كأنه مال السيد ا هـ ع ش على م ر قوله كالرقيق المبعض إلخ ثم إذا أذن السيد في نوبته فهل يكون ما يؤديه من الكسب الواقع في نوبة السيد دون العبد أو من كسبه مطلقا سواء كان في نوبة السيد أو الرقيق فيه نظر والأقرب الأول ولو ادعى المبعض أن ضمانه بغير الإذن كان في نوبة السيد فينبغي تصديقه عند الاحتمال كما لو ادعى الضامن الصبا عند الضمان وأمكن ا هـ سم على حج ا هـ ع." (١)

" واختلاط المثلي يصيره مشتركا ويثبت الخيار ظاهره ولو بأجود فراجعه ، وغرق الأرض ووقوع صخرة عليها لا يمكن رفعها عادة مثبت للخيار لبقاء المعقود عليه ، ولذلك يصح قبضها مع ذلك ، وبذلك فارق مثل ذلك في الإجارة حيث تنفسخ وأما غصب المبيع وإباقه وجحد البائع له ، ولو بلا حلف مثبت للخيار ما دام ذلك لتجدد المثبت كل وقت ، وإن أجاز قبله فقول بعضهم : إن الخيار في هذه على التراخي مضر أو لا حاجة إليه فتأمل . قوله : (بآفة) هو بيان لمعنى التلف المساوي لقولهم بنفسه لعدم المتلف ، وألحق بذلك إتلاف من لا يضمن كمحصول علمه وغير مميز وأعجمي بلا أمر من غيرهما ، وكذا ثبوت حرية العبد ولو بعد قبضه على المعتمد . قوله : (انفسخ البيع) فيقدر عود ملكه للبائع قبيل التلف فعليه تجهيزه ونحوه . قوله : (ولم يتغير الحكم) تفسير الشارح الحكم بالانفساخ وعدمه المتعلقين بالتلف المرتبين على الإبراء فيه رد على من فسره بالضمان وعدمه اللازم عليه أنه مستدرك في كلام المصنف وبه يعلم أن ما ذكره شيخنا في شرحه غير مناسب فراجعه . قوله : (**سبب الضمان**) وهو العقد . قوله : (

---

(١) حاشية الجمل على المنهج لشيخ الإسلام زكريا الأنصاري، المؤلف غير معروف ٦/٥٩٠

وإتلاف المشتري) أي من وقع له العقد ولو بإذن البائع أو مكرها أو بأمره لغير مميز أو أعجمي أو كان المبيع في يده لكنه قبضه تعديا مثلا . قوله : (قبض له) أي لما أتلفه إن كان أهلا ولم يكن إتلافه بوجه جائز وإلا كإتلافه وهو غير مميز أو أعجمي ، لا بأمر غيره فيهما فكالآفة كما مر وإن لزمهما البدل وكإتلافه القصاص أو لصيال أو لترك صلاة بعد أمر الإمام ، أو لزنا أو لمروره بين يدي مصل إلى سترة معتبرة ، أو مع بغاة وإن علم أنه المبيع وكذا لو قتله الإمام لردة أو حرابة وكان هو المشتري فيهما وإلا فهو قبض . قوله : (وقد أضافه) هو قيد لتمام التشبيه ، وإلا فهو قبض وإن أكله بنفسه أو بتقديم غيره له . قوله : (وجهان) ورجحه الدميري . قوله : (كأكل المالك إلخ) نعم أكل غير المميز هنا لا يحصل به القبض كما مر ويبرأ به الغاصب لتحقق الملك السابق فيه . قوله : (إن إتلاف البائع) أي من يقع له العقد وإن لم يكن ضامنا لنحو صيال مما مر ، أو كان غير مميز أو بدعواه التلف أو بإذنه لأجنبي في إتلافه أو بعتق ، ولو لبعضه لأنه يسري أو كان في يد المشتري والخيار له

---

(١) ".

" سماوية) ومثلها إتلاف من لا يضمن ومنه الموت بضرب أذن له الراهن فيه كما مر قوله : (وينفك بفسخ المرتهن) قال شيخنا الرملي : إلا في رهن التركة لأنه لمصلحة الميت ، وسواء انفسخ في الكل أو البعض ، ولا يلزم المرتهن بعد الفسخ ، أو الفك أو الإذن رد المرهون ، ولا إحضاره للراهن بل عليه التخلية ، كالوديع فمؤنة إحضاره ولو للبيع على الراهن . قوله : (أو غيرها) كإرث واعتياض ولو تلف المعوض أو تقايلا فيه أو تفرقا قبل قبضه في الربوي ، بقي الرهن كما كان لعود سببه وهو الدين ، أما الأول إن قلنا الفسخ يرفع العقد من أصله ، وأما نظيره وأعطى حكمه إن قلنا يرفعه من حينه ، وبذلك فارق عدم عود الضمان على غاصب باع ما غصبه بالوكالة ، وتلف قبل قبضه لأن **سبب الضمان** الغصب وقد زال . قوله : (لم ينفك شيء من الرهن) أي إن اتحد العقد والمستحق ، ومن عليه الدين كما يعلم مما بعد فتأمله . قوله :) أي المرهون) ولو التركة . قوله : (ولو رهن) أي المالك لأن المعير كالمراهن . قوله : (فبرئ من أحدهما) ولو بالدفع له سواء اتحد الدين خلافا للخطيب ، أو اختلف لأن ما يأخذه يختص به ، وكذا سائر الشركاء في الدون المشتركة ، إلا في مسائل ثلاث الإرث والكتابة وريع الوقف ، فما يأخذه أحد الورثة من دين مورثهم ، لا يختص به نعم . إن أحال به اختص المحتال بما أخذه ، وهذه من حيل الاختصاص

---

(١) حاشية قليوبي، المؤلف غير معروف ٢/٢٦٢

، وما أخذه أحد السيدين مثلا ، من دين الكتابة لا يختص به ، وما أخذه أحد الموقوف عليهم من ريع الوقف لا يختص به ، وإن كان له النظر في حصته وأجرها بنفسه ، قاله شيخنا م ر . واعتمده وصمم عليه ، وفيه نظر فتأمله ، وخرج بالموقوف عليهم أرباب الوظائف المشتركة ، فما يأخذه أحدهم من الناظر أو غيره يختص به ، وإن حرم على الناظر تقديم طالب حقه من غير علمه برضا غيره منهم ، قاله شيخنا الرملي والزيادي . قوله : (لتعدد العقد) فعلم أن المرتهن واحد وأن المراد تعدد العقد بالصيغة أخذا مما بعده ، وعلم أيضا براءة الراهن بالأداء من أحدهما إن قصده عند الدفع أو جعله عنه بعد الإطلاق ، ويصدق في إرادته . . فصل في الاختلاف في الرهن وما يتعلق به قوله : (أو قدره) أي المرهون وكذا المرهون به ، أو صفته كقدر الأجل ومنه ما لو قال : رهنتني العبد بمائة فصدقه ، لكن

". (١)

"

الرابع إذا لم يملك إلا أربعين فعجل واحده فاستغنى القابض أو مات فإن قلنا خرج الشاة عن ملكه بطريق القرض لم يلزمه تجديد الزكاة لأن الحول انقضى على تسع وثلاثين بخلاف ما إذا وقع المخرج عن جهة الزكاة لأن المخرج للزكاة كالباقي في ملكه

وإن قلنا يتبين أن الملك لم يزل التفت على المغصوب والمجحود بعض الالتفات لأن الحيلولة قد حصلت وإن لم يزل الملك القسم الثالث في طرف الأداء في تأخير الزكاة

وهو سبب الضمان والعصيان عند التمكن حتى لو تلف ماله بعد التمكن لم تسقط الزكاة وإن تلف كله قبل التمكن سقطت

ولو ملك خمسا من الإبل فتلفت بعد الحول وقبل التمكن واحدة ففي مقدار الساقط قولان أحدهما يسقط الكل كما لو تلف قبل الحول لأن الإمكان شرط الوجوب كما في الحج والثاني يسقط خمس شاة لأن الإمكان شرط الضمان وهو الأصح ولذلك لا يتراخى ابتداء الحول الثاني إلى الإمكان

ولو ملك تسعا من الإبل فتلف قبل الإمكان أربعة فإن قلنا الإمكان شرط الوجوب وجب شاة كما لو تلف قبل الحول وإن قلنا إنه شرط الضمان فينبني على أن الوجوب هل ينبسط على الوقص وفيه قولان الجديد أنه لا ينبسط فعلى هذا لا يسقط شئ بتلف الوقص وإن قلنا ينبسط سقط أربعة أتساع شاة

---

(١) حاشية قليوبي، المؤلف غير معروف ٣٤٩/٢

وقيل إنه لا يسقط لأن الوقص وإن كان متعلقا بالوجوب فهو وقاية النصاب

". (١)

"الحيلولة بالقول سبب الضمان ثم يضمن له قيمة رأس المال فإن الاعتياض عن المسلم فيه قبل القبض لا يجوز بخلاف ما لو باع عينا وأبرأ عن الثمن فإنه يضمن مبلغ الثمن لا قيمة المبيع

ومهما طولب الوكيل أو المودع بالرد فكان في الحمام أو مشغولا بالطعام لم يعص بهذا القدر من التأخير وهو ظاهر بالعرف ولكن قال الأصحاب لو تلف في هذه المدة ضمن وإنما جاز له التأخير لغرض نفسه بشرط سلامة العاقبة

وهذا منقدح إذا كان التلف بسبب التأخير وبعيد إذا لم يكن التأخير سببا فيه

". (٢)

"= كتاب الغصب =

الغصب عدوان محض لقوله صلى الله عليه وسلم من غضبي شبرا من أرض طوقه الله من سبع أرضين يوم القيامة

وهو سبب للضمان لقوله عليه الصلاة و السلام على اليد ما أخذت حتى ترد

والنظر في الكتاب يحصره بابان

". (٣)

"

وفي العبد العاقل المقيد الإباق أيضا وجه بعيد أنه يضمن إذا حل القيد عنه وهو ضعيف لأنه في معنى الممسك مع المباشر

---

(١) الوسيط، المؤلف غير معروف ٤٥١/٢

(٢) الوسيط، المؤلف غير معروف ٣٠٢/٣

(٣) الوسيط، المؤلف غير معروف ٣٨١/٣

أما إذا فتح رأس الزق فتقاطرت قطرات من المائع إلى أسفل الزق وابتل وسقط وجب الضمان لأن السقوط بالابتلال و إلا بتلال بالتقاطر والتقاطر بالفتح وهو طريق مقصود له و مسلوك إليه بخلاف السقوط بهبوب الريح

ولو فتح الزق وفيه سمن جامد فقرب غيره منه نارا حتى ذاب فقد قيل لا ضمان على واحد والأصح أنه يجب الضمان على الثاني لأنه كالمردي مع الحافر

هذا تفصيل السبب والمباشرة وتمام النظر فيه يذكر في كتاب الجنايات

أما إثبات اليد فهو سبب للضمان ومباشرته بالغصب في تسببه في ولد المغصوب فإن إثبات اليد على الأم سبب للثبوت على الولد فكان الولد مضمونا عندنا لذلك خلافا لأبي حنيفة رحمه الله فإنه قال أثبت اليد ولكن لم تزل يد المالك والغصب عبارة عن إزالة يد المالك وليس كذلك عندنا بدليل

". (١)

"

والثاني لا يلزمه لأنه التزم الحفظ فيكف به

وفي وجوب قبول المغصوب من الغاصب وجهان مرتبان وأولى بأن لا يلزم لأنه في يد الغاصب مضمون

وفي وجوب قبول الدين ممن عليه وجهان مرتبان على المغصوب وأولى بأن لا يلزم لأن الدين غير معرض للتلف في ذمته ولا يثقل عليه حفظه هذا إذا أودع غيره بغير عذر

فإن حضره سفر فليرده على المالك فإن عجز فإلى القاضي فإن عجز فإلى أمين فإذا فعل شيئا من ذلك لم يضمن

وإن عجز عن الكل فوجهان

أحدهما أنه يسافر ولا ضمان للضرورة

والثاني أنه يضمن فإنه التزم الحفظ فاليتعرض لخطر الضمان أو ليترك السفر السبب الثاني السفر بالوديعة

وهو سبب للضمان إذا لم يكن عذر

---

(١) الوسيط، المؤلف غير معروف ٣/٣٨٦

". (١)

"

فإن أقام المودع بينة على الإيداع فادعى الرد أو التلف قبل الجحود نظر إلى صبغة جحوده

فإن قال ليس لك عندي شئ فقوله مقبول في الرد والتلف لأنه لا مناقضة بين كلاميه

وإن أنكر أصل الوديعة فقوله في الرد والتلف لا يقبل

فلو أقام عليه بينة ففيه وجهان

أحدهما لا يمكن لأن البينة تنبني على الدعوى ودعواه باطلة بما سبق من قوله المناقض لها

والثاني أنه يقبل لأنه كاذب في أحد قوليه لا محالة والبينة تبين أن الكذب في الأول لا في الثاني

هذا ما أردنا أن نذكره من أسباب الضمان ومهما جرى سبب الضمان فعاد أمينا وترك الخيانة لم يبرأ عن الضمان عندنا خلافا لأبي حنيفة

فلو استأنف المالك إيداعه فالظاهر أنه يزول الضمان

وفيه وجه أنه لا يزول إلا بإزالة يده كضمان يد البائع

". (٢)

"لان من يحل بذبحه الحيوان الانسى يحل بذبحه الصيد كالحلال فعلى هذا لو كان الصيد مملوكا فعليه مع الجزاء ما بين قيمته حيا ومذبوحا للمالك وهل يحل له بعد زوال الاحرام فيه وجهان (أظهرهما) لا وفى صيد الحرم إذا ذبح طريقان (أظهرهما) طرد القولين والآخر القطع بالمنع والفرق أن صيد الحرم منع منه جميع الناس في جميع الاحوال فكان آكد تحريما وليكن قوله وكذا صيد الحرم معلما بالواو لمكان الطريقة الاخرى * قال (واثبات اليد عليه سبب الضمان الا ئاذا كان في يده فاحرم ففى لزوم رفع اليد قولان فان قلنا يلزم ففى زوال ملكه قولان وإن قلنا لا يلزم فلو قتله ضمن لانه ابتداء اتلاف * ولو

(١) الوسيط، المؤلف غير معروف ٥٠١/٤

(٢) الوسيط، المؤلف غير معروف ٥١٣/٤

---

[٤٩٥]." (١)

"ولما فسر في الابواب بتفاسير اختلف اعتبار الحفر مع التردي فسمى الحفر ههنا وفى الديات سببا وامتنع منه في أول الجراح واقتصر على تسميته شرطا وفى الجملة فيكفى للتأثير في الاموال مالا يكتفى به للتأثير في القصاص والحكم المقصود لا يختلف باختلاف التعبيرات والاصطلاحات ولكن كان الاحسن الاستمرار على تفسير واحد وتعليق الاحكام عليه ثم انه اندفع في بيان صور من مسمى المباشرة والتسبب والمباشرة لقتل والاكل والاحراق ومن التسبب الاكراه على اتلاف مال الغير فان الاكراه مما يقصد لتحصيل الاتلاف ومنه ما إذا حفر بئرا في محل عدوانا فتردت فيها بهيمة أو عبد أو حر فان رداه غيره لضمان على المردى لان المباشرة تتقدم على السبب والكلام فيه وفى موضع عد ان الحفر يستقصى في الجنايات ان شاء الله تعالى (وقوله) في الكتاب والموجب وهو ثلاثة ظاهره يقتضى حصر أسباب الضمان في الثلاثة وقد يقال كيف حصرها في الثلاثة وله أسباب أخر الاستيام والاستعارة وغيرها (والجواب) انه يجوز أن يريد الاسباب الذى ضمنها قدما الاصحاب هذا الباب فاما ما عداها فلها مواضع مفردة (وقوله) التفويت المباشرة أو السبب أو إثبات اليد العادية إدخال أو في السبب حسن لانه طريق للتفويت كما أن المباشرة طريق لكن ادخالها في اثبات اليد العادية لا يحسن لانه سبب للضمان برأسه لا لانه طريق للتفويت (وقوله) وحد المباشرة إيجاد علة التلف أي مباشرة التفويت ولفظ الايجاد لا يستحبه المتكلم الا أن المعنى فيه مفهوم وأراد بعلة التلف ما ذكرنا من أنه يضاف إليه التلف في العرف وانما قلنا انه اضافة حقيقية لان الهلاك قد يضاف إلى السبب فيقال هلك مال فلان بسعاية فلان لكنه مجاز بدليل

---

[٢٤٣]." (٢)

"قال (أما الولد فهو رقيق لانسب له ان كان عالما وان كان جاهلا انعقد على الحرية وضمن المشترى قيمته ورجع به على الغاصب إذ الشراء لا يوجب ضمان الوالد. وان انفصل الولد ميتا فلا ضمان لان الحياة لم تتيقن وان سقط ميتا بجناية جان يجب الضمان لانه انفصل مضمونا وقد قدر الشارع حياته وضمانه عشر قيمة الام. وقيل في هذه الصورة يجب أقل الامرين من عشر قيمه الام أو الغرة إذا وجب الضمان

(١) فتح العزيز شرح الوجيز، المؤلف غير معروف ٢٧٧/٧

(٢) فتح العزيز شرح الوجيز، المؤلف غير معروف ٢٣٧/١١

بسببها فلا يزيد عليها). الضرب الثاني الوطئ المحبل سواء وجد من الغاصب أو من المشتري منه فينظر إن كان عالما بالتحريم فالولد رقيق للمالك غير نسيب لكونه زانيا وان انفصل حيا فهو مضمون على الغاصب وان انفصل ميتا بجناية جان فبدله لسيده وان انفصل ميتا من غير جناية ففي وجوب الضمان على الغاصب وجهان (أحدهما) وهو ظاهر النص الوجوب لثبوت اليد عليه تبعا لثبوت اليد على الام ويحكي هذه عن الانماطي وأبي الطيب بن سلمة واختاره القفال (والثاني) المنع وبه قال أبو إسحق واختاره الشيخ أبو محمد والامام وصاحب التهذيب لان جنايته غير منتفية **وسبب الضمان** هلاك رقيق تحت يده ويجرى الوجهان في حمل البهيمة المغصوبة إذا انفصل ميتا وان أو جبنا الضمان فنوجب قيمته يوم الانفصال لو كان حيا في ولد الجارية والبهيمة سواء وخرج الامام وجها آخر في ولد الجارية أنه يضمن

---

[٣٣٦]." (١)

"الغرة ويعبر عنه بأن الواجب أقل الامرين من العشر والغرة ووجهه أن مثبت وجوب الضمان يقدمه عليه فلا يضمن فوق ما يحصل له وان انفصل ميتا بجناية الغاصب نفسه لزمه الضمان لان ما وجد منه **بسبب الضمان** الا أنه لا يستحق على نفسه شيئا ولو أحبل الغاصب الجارية مات وخلف أباه ثم انفصل الجنين ميتا بجناية جان فالغرة تكون لجد الجنين وعن القاضي أنه يضمن للمالك ما كان يضمنه الغاصب لو كان حيا وعنه أنه لو كان مع الغاصب أم أم الجنين فورثت سدس الغرة يقطع النظر عنه وينظر إلى عشر قيمة الام وخمسة أسداس الغرة وكأنها كل الغرة والجوابان يختلفان فرأى الامام اثبات احتمالين في الصورتين فصار في أحدهما إلى أن من يملك الغرة ينبغي أن يضمن للمالك ويستبعد في

---

[٣٣٨]

الثاني تضمين من لم يغصب ولا تفرعت يده على يد الغاصب وذكر في التتمة أن الغرة تجب مؤجلة فانما يغرم الغاصب عشر قيمة الام إذا أخذ الغرة وللامام توقف فيه هذا ظاهر المذهب في الولد المحكوم بحريته وفيه طريقة أخرى أنه لا ينظر إلى عشر قيمة الام ولكن تعتبر قيمته لو انفصل حيا وينظر إليه والى الغرة على التفصيل الذي بيناه وأشار في الوسيط إلى استمداد هذه الطريقة من القول القديم في أن جراح العبد لاتتقدر لان عشر قيمة الام نوع مقدر لكنه ليس بواضح فان الخلاف في أن البدل يتقدر أولا يتقدر في أطراف

---

(١) فتح العزيز شرح الوجيز، المؤلف غير معروف ١١/٣٣٣

العبد والفائت ههنا جملته وليس لهذا البناء ذكر في كتاب الامام لكنه قال الطريقة ملتفتة إلى الخلاف في أن ما يتلف في يد الغاصب من أعضاء العبد المغصوب

---

[٣٣٩]." (١)

"بآفة سماوية أو بجناية غير الغاصب يعتبر في حقه بدله المقدر في حق الجاني أم ينظر إلى قدر النقصان بايجاب العشر في قيمة الام ايجاب المقدر الواجب على الجناية وعن بعض الاصحاب أن الغاصب يغرم للمالك أكثر الامرين من قيمة الولد والغرة وضعفه من نقله لان الغرة أن كانت أكثر فثبوت الزيادة بسبب الحرية فكيف يستحقها المالك ومن العجب أن صاحب التهذيب أجاب بهذا الوجه في المشترى من الغاصب وجوابه في الغاصب ما تقدم ودعوى الجهل في هذا الضرب كدعواه في الضرب الاول وروى المسعودي خلافا في قبولها لحرية الولد وان قبلت لدفع الحد كما رواه في استيلاد المرتهن ويجب في حالتي العلم والجهل أرش نقصان الجارية وان نقصت بالولادة فان

---

[٣٤٠]

تلفت عنده وجب أقصى القيم ودخل فيه نقصان الولادة وأرش البكارة ولو ردها وهى حبلى فماتت في يد المالك من الولادة ذكر أبو عبد الله القطان في المطارحات أنه لا شئ عليه في صورة العلم لان الولد ليس منه حتى يقال ماتت من ولادة ولده وان في صورة الجهل قولين (واعلم) أن لوجوب الضمان في هذه الصورة مأخذين (أحدهما) أنه أحبل جارية الغير اما بالشبهة أو بالزنا وفي كونه سببا للضمان ما قدمناه في المرتهن (والثاني) أنه يحصل نقصان الحمل تحت اليد وذلك **سبب الضمان** وان وجد أثره بعد الرد إلى المالك كما لو جنى المغصوب عند الغاصب فرده ثم بيع في يد المالك وأطلق صاحب التتمة القول بوجوب الضمان للمأخذ الثاني (وقوله) في الكتاب ويضمن المشترى قيمته

---

[٣٤١]." (٢)

---

(١) فتح العزيز شرح الوجيز، المؤلف غير معروف ٣٣٥/١١

(٢) فتح العزيز شرح الوجيز، المؤلف غير معروف ٣٣٦/١١

" & (باب الغصب) & هو لغة أخذ الشيء ظلما وشرعا حقيقة وحكما وضمانا الاستيلاء على مال الغير عدوانا وضمانا الاستيلاء على مال الغير بغير حق وإن ظن ملكه وعصيانا الاستيلاء على حق الغير عدوانا وهو مجمع على تحريمه والأصل فيه قبل الإجماع آيات كقوله تعالى ﴿ ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل ﴾ أي لا يأكل بعضكم مال بعض بالباطل وأخبار كخبر إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام وخبر من ظلم قيد شبر من الأرض طوقه من سبع أرضين وإثبات اليد العادية **سبب الضمان** وينقسم إلى مباشرة كأخذه من مالكه وإلى سبب كولد المغصوب وزوائده ولو ركب دابة أو جلس على فراش فغاصب وإن لم ينقل ولو أزعجه عن داره فغاصب لها وإن لم يدخلها ولو دخلها بقصد الاستيلاء وليس المالك فيها فغاصب وإن كان ولم يزعجه فغاصب لنصفها إلا أن يكون ضعيفا لا يعد مستوليا على صاحبها وقد ذكر الناظم شيئا منها فقال (يجب رده) أي المغصوب على المغصوب منه وإن غرم عليه أضعاف قيمته لخبر على اليد ما أخذت حتى تؤديه فإن كان دار أوجب ردها بخروجه منها ليتسلمها مالكها وإن كان منقولا وجب رده (ولو بنقله) إن احتيج إليه إلى الموضع المغصوب منه كما لو نقل المغصوب المثلى إلى دار أو بلد فيجب على الغاصب رده وكذا لو انتقل بنفسه ويجب الرد ولو كان غير مال كاختصاص للخبر لأنه حق المغصوب منه ويبرأ بالرد على المالك أو وكيله أو وليه (وأرش نقصه) أي المغصوب مع الأرش ولو كان الأرش بسبب غير الاستعمال كأن غصب ثوبا أو رقيقا فنقصت قيمته بآفة سماوية كسقوط عضو منه لمرض (وأجر مثله) مدة وضع يده ولو فاتت منفعته بغير استعمال وهي أجرة مثله سليما قبل النقص ومعيبا بعده و (يضمن) المال المغصوب التالف عند الغاصب (مثلى بمثله) لأنه أقرب إلى التالف سواء (تلف بنفسه أو متلف لا يختلف) الحال في ذلك ويستثنى من ذلك مسائل كما لو غصب حربي مال مسلم أو ذمي ثم أسلم أو عقدت له ذمة بعد تلفه أو كان المغصوب غير متمول كحبة حنطة أو رقيقا وجب قتله لحق الله بردة أو نحوها فقتله أو غصب رقيق غير مكاتب مال سيده (وهو) أي المثلى (الذي فيه أجازوا السلما) بألف الإطلاق (وحصره بالكيل والوزن) الواو بمعنى أو (كما) بالقصر لغة في الممدود ولو حارا وتراب ونحاس وحديد وتبر ومسك وعنبر وكافور وثلج وجمد وقطن ولو بحبة ودقيق وحبوب وتمر وزبيب وعنب ورطب وكل فاكهة رطبة ودراهم ودنانير ولو مكسرة أو مغشوشة وخرج بقيد الكيل أو الوزن ما يعد كالحيوان أو يذرع كالثياب وبقيد جواز السلم نحو الغالية والمعجون وإنما اشترطوا جواز السلم لأنه بعد تلفه يشبه المسلم فيه ومحل ضمان المثلى بمثله إذا وجد الغاصب بمحل للماء فيه قيمة (لا في مفازة ولاقاه بيم في ذا) أي في الماء ولو تلف في يده والمثل موجود فلم يسلمه حتى فقد

في البلد وحواليه حسابان لم يجده أو شرعا بأن وجده بأكثر من ثمن مثله أو منعه من الوصول مانع فالقيمة (و) المعتبر (في مقوم أقصى القيم من) وقت (غصبه لتلف الذي انغصب) ولو وجد بعد غرم القيمة فلا ترد لواحد منهما ولو نقل

". (١)

"ولعل صورته فيما إذا لم يقصد منعه عن الماشية وإنما قصد حبسه فأفضى الأمر إلى هلاكها لأن المتولي قال لو كان له زرع ونخيل وأراد سوق الماء إليها فمنعه ظالم من السقي حتى فسدت ففي الضمان الوجهان فيما لو فتح الزق عن جامد فذاب بالشمس وضاع

قلت الأصح في صورتي الحبس عن الماشية والسقي أنه لا ضمان بخلاف فتح الزق لما ذكرنا أنه لم يتصرف في المال

والله أعلم ولو غصب هادي القطيع فتبعه القطيع أو غصب البقرة فتبعها العجل لم يضمن القطيع والعجل على الأصح

فرع لو نقل صبيا حرا إلى مضيعة فاتفق سبع فافترسه فلا ضمان الهلاك على اختيار الحيوان ومباشرته

ولو نقله إلى مسبعة فأفترسه سبع فلا ضمان أيضا هذا هو المذهب والمعروف في كتب لأصحاب وذكر الغزالي فيه وجهين وليس بمعروف

فصل إثبات اليد العادية **سبب للضمان** وينقسم إلى مباشرة بأن يغصب الشيء لأن إثبات اليد على الأصول سبب لاثباتها على الفروع فيكون ولد المغصوب وزوائده مغصوبة

". (٢)

" فرع إذا تكرر وطء الغاصب أو المشترى منه فإن كان في يجب إلا مهر لأن الجهل شبهة واحدة مطردة فأشبه الوطء في نكاح فاسد مرارا

---

(١) غاية البيان شرح زبد ابن رسلان، المؤلف غير معروف ص/٢١٦

(٢) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، المؤلف غير معروف ٥/٧

وإن كان عالما وجب المهر لكونها مكرهة

أو قلنا بالوجوب مع طاعتها فوجهان أحدهما الاكتفاء بمهر

وأصحهما يجب لكل مرة مهر

وإن وطئها مرة عالما ومرة جاهلا وجب مهران

فرع هذا الذي ذكرنا فيما إذا لم يكن الوطء محبلا

أما إذا أحبل الغاصب أو المشترى منه نظر إن كان عالما بالتحريم فالولد رقيق للمالك غير نسيب لكونه زانيا

فإن انفصل حيا فهو مضمون على الغاصب أو ميتا بجناية فبدله لسيده أو بلا جناية ففي وجوب ضمانه على الغاصب وجهان

أحدهما وهو ظاهر النص الوجوب لثبوت اليد عليه تبعا للأم وبه قال الانماطي وابن سلمة واختاره القفال

وبالمنع قال أبو إسحاق واختاره أبو محمد والإمام والبغوي لأن جنايته غير متيقنة **وسبب الضمان** هلاك رقيق تحت يده

ويجري الوجهان في حمل البهيمة المغصوبة إذا انفصل ميتا فإن أوجبنا الضمان فهو قيمته يوم الانفصال لو كان حيا في ولد الجارية والبهيمة جميعا وخرج الإمام وجها في ولد الجارية أنه يضمن بعشر قيمة الأم تنزيلا للغاصب منزلة الجاني

أما إذا كان الواطىء جاهلا بالتحريم فالولد نسيب حر للشبهة وعليه قيمته لمالك الجارية يوم الانفصال إن انفصل حيا

". (١)

"ولو أتلفه في المدة أو تلف بتقصيره فالمذهب تعلق الضمان برقبته وبه قطع الجمهور لأنه خيانة محضة إذ لم يدخل وقت التملك بخلاف ما بعد المدة

وقيل في تعلقه بالرقبة أو الذمة قولان

---

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، المؤلف غير معروف ٥/ ٦١

وإن علم به السيد فله أخذه كأكسابه ثم يكون كالتقاطه بنفسه

فإن شاء حفظه لمالكه وإن شاء عرف وتملك

فإن كان العبد عرف بعض المدة احتسب به وبنى عليه

وإن أقره في يده وهو خائن ضمن السيد بابقائه في يده

وإن كان أمينا جاز ثم إن تلف في يده في مدة التعريف فلا ضمان

وإن تلف بعدها فإن أذن السيد في التملك فتملك لم يخف الحكم وإلا فوجهان

أصحهما يتعلق الضمان بالسيد لاذنه في **سبب الضمان** كم لو أذن له في استيام شيء فأخذه فتلف في يده

والثاني لا كما لو أذن له في الغصب فغصب

فعلى الأول يتعلق الضمان أيضا بذمة العبد فيطالب به بعد العتق كما يطالب به السيد في الحال وعلى الثاني يتعلق برقبته كما يتعلق بمال السيد

وإن لم يأذن فهل يتعلق الضامن بذمة العبد أم برقبته وجهان

أصحهما الأول ولا يتعلق بالسيد قطعا

فإن أتلفه العبد بعد المدة فعلى الخلاف السابق

فرع قال صاحب التقريب القولان في أصل المسألة فيما إذا نوى الالتقاط لنفسه فإن نوى لسيده فيحتمل أن يطرد القولان ويحتمل أن يقطع بالصحة

وقال ابن كج القولان إذا التقط ليدفع إلى سيده

فإن قصد نفسه فليس له الالتقاط قطعا بل هو متعد وحكاه عن أبي إسحق والقاضي أبي حامد

الضرب الثاني التقاط بإذن السيد بأن يقول متى وجدت لقطة فخذها وائتني بها فطريقان

قال ابن أبي هريرة بطرد القولين لأن الإذن لا يفيده أهلية الولاية

(١) ".

(١) روضة الطالبين- المكتب الإسلامي، المؤلف غير معروف ٣٩٦/٥

"سوق الماء إليها فمنعه ظالم من السقي حتى فسدت، ففي الضمان الوجهان فيما لو فتح الزق عن جامد فذاب بالشمس وضاع. قلت: الاصح في صورتي الحبس عن الماشية والسقي: أنه لا ضمان، بخلاف فتح الزق لما ذكرنا أنه لم يتصرف في المال. والله أعلم ولو غصب هادي القطيع فتبعه القطيع، أو غصب البقرة فتبعها العجل، لم يضمن القطيع والعجل على الاصح. فرع لو نقل صبيا حرا إلى مضيعة، فاتفق سبع فافترسه، فلا ضمان لاحالة الهلاك على اختيار الحيوان ومباشرته. ولو نقله إلى مسبعة فأفترسه سبع، فلا ضمان أيضا، هذا هو المذهب والمعروف في كتب لاصحاب، وذكر الغزالي فيه وجهين، وليس بمعروف. فصل إثبات اليد العادية **سبب للضمان**، وينقسم إلى مباشرة، بأن يغصب الشئ فيأخذه من يد مالكه، وإلى التسبب، وهو في الاولاد وسائر الزوائد، لان إثبات اليد على الاصول سبب لاثباتها على الفروع، فيكون ولد المغصوب وزوائد ه مغصوبة. ثم إثبات اليد العادية يكون في المنقول والعقار.." (١)

"وهل للمالك مطالبة الغاصب به ابتداء ؟ وجهان. أصحهما: نعم، وهو مقتضى كلام الجمهور. وأشار الامام إلى جريان الوجهين، سواء قلنا: يرجع المشتري بالمهر على الغاصب، أم لا. وقال: إذا قلنا: لا رجوع، فظاهر القياس: أنه لا يطالب. وإذا قلنا بالرجوع، فالظاهر المطالبة، لاستقرار الضمان عليه، وطرد الخلاف في مطالبة الغاصب بالمهر إذا وطئت بالشبهة. فرع إذا تكرر وطئ الغاصب أو المشترى منه، فإن كان في حال الجهل، لم يجب إلا مهر، لان الجهل شبهة واحدة مطردة، فأشبه الوطئ في نكاح فاسد مرارا. وإن كان عالما، وجب المهر، لكونها مكرهة. أو قلنا بالوجوب مع طاعتها، فوجهان، أحدهما: الاكتفاء بمهر. وأصحهما: يجب لكل مرة مهر. وإن وطئها، مرة عالما، ومرة جاهلا، وجب مهران. فرع هذا الذي ذكرنا، فيما إذا لم يكن الوطئ محبلا. أما إذا أحبل الغاصب أو المشترى منه، نظر، إن كان عالما بالتحريم، فالولد رقيق للمالك غير نسيب، لكونه زانيا. فإن انفصل حيا، فهو مضمون على الغاصب، أو ميتا بجناية، فبدله لسيده، أو بلا جناية، ففي وجوب ضمانه على الغاصب، وجهان. أحدهما وهو ظاهر النص: الوجوب، لثبوت اليد عليه تبعا للام، وبه قال الانماطي، وابن سلمة، واختاره القفال. وبالمنع قال أبو إسحاق، واختاره أبو محمد، والامام، والبغوي، لان جنايته غير متيقنة، **وسبب الضمان** هلاك رقيق تحت يده. ويجري الوجهان في حمل البهيمة المغصوبة إذا انفصل ميتا، فإن أوجبنا الضمان، فهو قيمته يوم الانفصال لو كان حيا في ولد الجارية والبهيمة جميعا." (٢)

---

(١) روضة الطالبين- الكتب العلمية، المؤلف غير معروف ٩٧/٤

(٢) روضة الطالبين- الكتب العلمية، المؤلف غير معروف ١٤٨/٤

"يتعلق الضمان بذمته كما لو اقترض فاسدا وأتلفه، أم برقبته كالمغصوب ؟ وجهان. وبالاول قطع الشيخ أبو محمد في الفروق. ولو أتلفه في المدة، أو تلف بتقصيره، فالمذهب تعلق الضمان برقبته، وبه قطع الجمهور، لانه خيانة محضة، إذ لم يدخل وقت التملك، بخلاف ما بعد المدة. وقيل: في تعلقه بالرقبة أو الذمة قولان. وإن علم به السيد، فله أخذه كأكسابه ثم يكون كالتقاطه بنفسه. فإن شاء حفظه لمالكه، وإن شاء عرف وتملك. فإن كان العبد عرف بعض المدة، احتسب به وبنى عليه. وإن أقره في يده وهو خائن، ضمن السيد بابقائه في يده. وإن كان أمينا، جاز، ثم إن تلف في يده في مدة التعريف، فلا ضمان. وإن تلف بعدها، فإن أذن السيد في التملك فتملك، لم يخف الحكم، وإلا، فوجهان. أصحهما: يتعلق الضمان بالسيد، لاذنه في **سبب الضمان**، كم لو أذن له في استيام شئ فأخذه فتلف في يده. والثاني: لا كما لو أذن له في الغصب فغصب. فعلى الاول، يتعلق الضمان أيضا بذمة العبد، فيطالب به بعد العتق كما يطالب به السيد في الحال، وعلى الثاني، يتعلق برقبته كما يتعلق بمال السيد. وإن لم يأذن، فهل يتعلق الضامن بذمة العبد، أم برقبته ؟ وجهان. أصحهما: الاول، ولا يتعلق بالسيد قطعا. فإن أتلفه العبد بعد المدة، فعلى الخلاف السابق. فرع قال صاحب التقريب: القولان في أصل المسألة، فيما إذا نوى الالتقاط لنفسه، فإن نوى لسيده، فيحتمل أن يطرد القولان، ويحتمل أن يقطع." (١)

"السابق حذرا من الربا، ولا يكفي التعيين والأصح أنه لا يشترط التعيين في العقد أي عقد الاستبدال لجواز الصرف عما في الذمة ومقابله يشترط ليخرج عن بيع الدين بالدين وكذا لا يشترط القبض في المجلس وإن استبدل ما لا يوافق في العلة أي على الربا كثوب عن دراهم فلا يشترط قبض الثوب في المجلس لكن يشترط تعيينه في المجلس فيصفه ثم يعينه ولو استبدل عن المقرض أي ثمن المقرض جاز ولو لم يتلف وقيمة المتلف جاز أي لو استبدل عن قيمة المتلف بمثله صح. وكذا يصح الاستبدال عن كل دين ليس بثمن ولا مثمن كالدين الموصى به أو الواجب في المتعة أو **بسبب الضمان** أو عن زكاة الفطر وفي اشتراط قبضه أي قبض البدل في المجلس ما سبق أي إذا كان موافقا في علة الربا اشترط والإ فلا يشترط وبيع الدين بعين لغير من عليه باطل في الأظهر بأن يشتري عبد زيد بمائة له على عمرو لأنه لا يقدر على تسليمه، والمعتمد خلافه لأنه مستقر فحكمه كبيعه ممن عليه، وهو الاستبدال عن القرض وقد قلنا بجوازه، وقيل يشترط أن يكون المديون مليا مقرا وأن يكون الدين حالا مستقرا ولو كان لزيد وعمرو دينان على شخص فباع زيد عمرا دينا بدينه بطل قطعا اتفق الجنس أو اختلف لنهيه صلى الله عليه وسلم بيع الكالئ بالكالئ

---

(١) روضة الطالبين- الكتب العلمية، المؤلف غير معروف ٤/٤٥٨

فقد روى الدار قطني عن ابن عمر (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهي عن بيع الكالئ بالكاليء) وقال الحاكم إنه على شرط مسلم، وفسر بأنه بيع الدين بالدين كما ورد صريحا وفي رواية البيهقي.

وقبض العقار تخليته للمشتري وتمكينه من التصرف فيه بتسليم المفتاح إليه وعدم وجود أي مانع يمنع المشتري من التصرف بشرط فراغه من أمتعة غير المشتري من البائع والمستأجر والمستعير والغاصب فإن لم يحضر العاقدون المبيع العقار المنقول الذي في يد المشتري بأن غابا عن محل العقد حالة القبض اعتبر في صحة قبضه إذن البائع ومضى زمن يمكن فيه المضي إليه من العقد

محمد عبدالكريم محمد." (١)

"السابق حذرا من الربا، ولا يكفي التعيين والأصح أنه لا يشترط التعيين في العقد أي عقد الاستبدال لجواز الصرف عما في الذمة ومقابله يشترط ليخرج عن بيع الدين بالدين وكذا لا يشترط القبض في المجلس وإن استبدل ما لا يوافق في العلة أي على الربا كثوب عن دراهم فلا يشترط قبض الثوب في المجلس لكن يشترط تعيينه في المجلس فيصفه ثم يعينه ولو استبدل عن المقرض أي ثمن المقرض جاز ولو لم يتلف وقيمة المتلف جاز أي لو استبدل عن قيمة المتلف بمثله صح. وكذا يصح الاستبدال عن كل دين ليس بثمن ولا مثمن كالدين الموصى به أو الواجب في المتعة أو **بسبب الضمان** أو عن زكاة الفطر وفي اشتراط قبضه أي قبض البدل في المجلس ما سبق أي إذا كان موافقا في علة الربا اشترط والإ فلا يشترط وبيع الدين بعين لغير من عليه باطل في الأظهر بأن يشتري عبد زيد بمائة له على عمرو لأنه لا يقدر على تسليمه، والمعتمد خلافه لأنه مستقر فحكمه كبيعه ممن عليه، وهو الاستبدال عن القرض وقد قلنا بجوازه، وقيل يشترط أن يكون المديون مليا مقرا وأن يكون الدين حالا مستقرا ولو كان لزيد وعمرو دينان على شخص فباع زيد عمرا دينا بدينه بطل قطعا اتفق الجنس أو اختلف لنهيه صلى الله عليه وسلم بيع الكالئ بالكالئ فقد روى الدار قطني عن ابن عمر (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهي عن بيع الكالئ بالكاليء) وقال الحاكم إنه على شرط مسلم، وفسر بأنه بيع الدين بالدين كما ورد صريحا وفي رواية البيهقي.

وقبض العقار تخليته للمشتري وتمكينه من التصرف فيه بتسليم المفتاح إليه وعدم وجود أي مانع يمنع المشتري من التصرف بشرط فراغه من أمتعة غير المشتري من البائع والمستأجر والمستعير والغاصب فإن لم يحضر العاقدون المبيع العقار المنقول الذي في يد المشتري بأن غابا عن محل العقد حالة القبض اعتبر

---

(١) دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح، المؤلف غير معروف ١/٤٣٨

في صحة قبضه إذن البائع ومضى زمن يمكن فيه المضي إليه من العقد محمد عبدالكريم محمد." (١)

"وللضامن الرجوع على الأصيل إن وجد إذنه في الضمان والأداء لأنه إنما صرف ماله لغيره بإذنه وإن انتفى فيهما أي الضمان والأداء فلا رجوع له لأنه متبرع فإن إذن له في الضمان فقط أي دون الأداء رجع في الأصح لأن الضمان هو الأصل فالإذن فيه إذن فيما يترتب عليه ولا عكس في الأصح أي إذا ضمن بلا إذن وأدى بالإذن لأن وجوب الأداء كان **بسبب الضمان** ولو أدى مكسرا عن صحاح أو صالح على مائة بثوب قيمته خمسون فالأصح أنه لا يرجع إلا بما غرم لأن المدفوع فلا يأخذ إلا ما دفع وقيل يجوز لأنه أبرأ ذمة المدين والمسامحة جاءت له فهو أحق بها ومن أدى دين غيره بلا ضمان ولا إذن فلا رجوع له على المدين لأنه متبرع وإن أذن له بالأداء بشرط الرجع رجع عليه وفاء بالشرط وكذا إن أذن له إذنا مطلقا على شرط الرجوع رجع في الأصح فلو قال له: ادفع عني ديني أو أد عني أقساط سيارتي وهي كذا وكذا فله الرجوع للعرف بذلك ولأن الأداء كان بإذن المدين أما لو قال: اشتر لي رغيفا أو زجاجة عصير فلا رجوع لأنه مما يتسامح فيه الناس عادة والأصح أن مصالحته أي المأذون له بالأداء على غير جنس الدين لا تمنع الرجوع لأن الإذن إنما مقصوده البراءة وقد حصلت ويرجع بالأقل من قيمة الدين أو المؤدى فلو صالح عن ثوب قيمة عشرة بخمسة أو عن عشرة بثوب قيمة خمسة رجع بخمسة في الحالتين.." (٢)

"وللضامن الرجوع على الأصيل إن وجد إذنه في الضمان والأداء لأنه إنما صرف ماله لغيره بإذنه وإن انتفى فيهما أي الضمان والأداء فلا رجوع له لأنه متبرع فإن إذن له في الضمان فقط أي دون الأداء رجع في الأصح لأن الضمان هو الأصل فالإذن فيه إذن فيما يترتب عليه ولا عكس في الأصح أي إذا ضمن بلا إذن وأدى بالإذن لأن وجوب الأداء كان **بسبب الضمان** ولو أدى مكسرا عن صحاح أو صالح على مائة بثوب قيمته خمسون فالأصح أنه لا يرجع إلا بما غرم لأن المدفوع فلا يأخذ إلا ما دفع وقيل يجوز لأنه أبرأ ذمة المدين والمسامحة جاءت له فهو أحق بها ومن أدى دين غيره بلا ضمان ولا إذن فلا رجوع له على المدين لأنه متبرع وإن أذن له بالأداء بشرط الرجع رجع عليه وفاء بالشرط وكذا إن أذن له إذنا مطلقا على شرط الرجوع رجع في الأصح فلو قال له: ادفع عني ديني أو أد عني أقساط سيارتي وهي كذا وكذا فله الرجوع للعرف بذلك ولأن الأداء كان بإذن المدين أما لو قال: اشتر لي رغيفا أو زجاجة عصير فلا رجوع

---

(١) دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح، المؤلف غير معروف ٤٨٩/١

(٢) دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح، المؤلف غير معروف ٩٦/٢

لأنه مما يتسامح فيه الناس عادة والأصح أن مصالحته أي المأذون له بالأداء على غير جنس الدين لا تمنع الرجوع لأن الإذن إنما مقصوده البراءة وقد حصلت ويرجع بالأقل من قيمة الدين أو المؤدى فلو صالح عن ثوب قيمة عشرة بخمسة أو عن عشرة بثوب قيمة خمسة رجع بخمسة في الحالتين.." (١)

"السابق حذرا من الربا، ولا يكفي التعيين والأصح أنه لا يشترط التعيين في العقد أي عقد الاستبدال لجواز الصرف عما في الذمة ومقابله يشترط ليخرج عن بيع الدين بالدين وكذا لا يشترط القبض في المجلس وإن استبدل ما لا يوافق في العلة أي على الربا كثوب عن دراهم فلا يشترط قبض الثوب في المجلس لكن يشترط تعيينه في المجلس فيصفه ثم يعينه ولو استبدل عن المقرض أي ثمن المقرض جاز ولو لم يتلف وقيمة المتلف جاز أي لو استبدل عن قيمة المتلف بمثله صح. وكذا يصح الاستبدال عن كل دين ليس بثمن ولا مثمن كالدين الموصى به أو الواجب في المتعة أو **بسبب الضمان** أو عن زكاة الفطر وفي اشتراط قبضه أي قبض البدل في المجلس ما سبق أي إذا كان موافقا في علة الربا اشترط وإلا فلا يشترط وبيع الدين بعين لغير من عليه باطل في الأظهر بأن يشتري عبد زيد بمائة له على عمرو لأنه لا يقدر على تسليمه، والمعتمد خلافه لأنه مستقر فحكمه كبيعه ممن عليه، وهو الاستبدال عن القرض وقد قلنا بجوازه، وقيل يشترط أن يكون المديون مليا مقرا وأن يكون الدين حالا مستقرا ولو كان لزيد وعمرو دينان على شخص فباع زيد عمرا دينا بدينه بطل قطعا اتفق الجنس أو اختلف لنهيه صلى الله عليه وسلم بيع الكالئ بالكالئ فقد روى الدار قطني عن ابن عمر (أن النبي صلى الله عليه وسلم نهي عن بيع الكالئ بالكاليء) وقال الحاكم إنه على شرط مسلم، وفسر بأنه بيع الدين بالدين كما ورد صريحا وفي رواية البيهقي.." (٢)

"وللضامن الرجوع على الأصيل إن وجد إذنه في الضمان والأداء لأنه إنما صرف ماله لغيره بإذنه وإن انتفى فيهما أي الضمان والأداء فلا رجوع له لأنه متبرع فإن إذن له في الضمان فقط أي دون الأداء رجع في الأصح لأن الضمان هو الأصل فالإذن فيه إذن فيما يترتب عليه ولا عكس في الأصح أي إذا ضمن بلا إذن وأدى بالإذن لأن وجوب الأداء كان **بسبب الضمان** ولو أدى مكسرا عن صحاح أو صالح على مائة بثوب قيمته خمسون فالأصح أنه لا يرجع إلا بما غرم لأن المدفوع فلا يأخذ إلا ما دفع وقيل يجوز لأنه أبرأ ذمة المدين والمسامحة جاءت له فهو أحق بها ومن أدى دين غيره بلا ضمان ولا إذن فلا رجوع له على المدين لأنه متبرع وإن أذن له بالأداء بشرط الرجع رجع عليه وفاء بالشرط وكذا إن أذن له إذنا مطلقا

(١) دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح، المؤلف غير معروف ٢/١٥٠

(٢) دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح، المؤلف غير معروف ٢/١٨١

على شرط الرجوع رجع في الأصح فلو قال له: ادفع عني ديني أو أد عني أقساط سيارتي وهي كذا وكذا فله الرجوع للعرف بذلك ولأن الأداء كان بإذن المدين أما لو قال: اشتر لي رغيفا أو زجاجة عصير فلا رجوع لأنه مما يتسامح فيه الناس عادة والأصح أن مصالحته أي المأذون له بالأداء على غير جنس الدين لا تمنع الرجوع لأن الإذن إنما مقصوده البراءة وقد حصلت ويرجع بالأقل من قيمة الدين أو المؤدى فلو صالح عن ثوب قيمة عشرة بخمسة أو عن عشرة بثوب قيمة خمسة رجع بخمسة في الحالتين.." (١)

" الذمة . . قوله : (وسكت المصنف إلخ) عبارة الإسنوي فإن قلنا لا يشترط القبض فلا بد من التعيين في المجلس واشتراط التعيين في العقد فيه الوجهان السابقان انتهى . وأما قول الشارح رحمه الله للعلم به فلم يتبين لي وجهه . قوله : (ولا يشترط إلخ) قال الإسنوي : فتحصل أن هذا القسم يعني قسم غير المتفق ، لا يشترط تعيينه في العقد ولا قبضه في المجلس على الأصح ، بل تعيينه فيه ، قال : وعلى هذا يكون قولهم ما في الذمة لا يتعين إلا بالقبض محمول على ما بعد اللزوم ، أما قبله فيتعين برضاهما وينزل ذلك منزلة الزيادة والحط ، هكذا قاله في المطلب ، وهو جيد يقتضي إلحاق زمن خيار الشرط بخيار المجلس ا هـ . قوله : (لاستقرار ذلك) أي بخلاف دين السلم . قوله : (والمحرر) عبارته : وإن ثبت لا ثمنا ولا مغنما كدين القرض والإتلاف فيجوز الاستبدال عنه بلا خلاف ا هـ . فيؤخذ منه الجواز في الدراهم المأخوذة في الحكومات والدين الموصى به ، والواجب بتقرير الحاكم في المتعة أو بسبب الضمان ، كذا زكاة الفطر إذا انحصر الفقراء في البلد وغير ذلك ، وفي الدين الثابت بالحوالة نظر

". (٢)

"الضمان عنه، ومن أخذ بحديث صفوان بن أمية ألزمه الضمان، ومن ذهب مذهب الجمع فرق بين ما يغاب عليه وبين ما لا يغاب عليه، فحمل هذا الضمان على ما يغاب عليه، والحديث الآخر على ما لا يغاب عليه، إلا أن الحديث الذي فيه ليس على المستعير ضمان غير مشهور، وحديث صفوان صحيح، ومن لم ير الضمان شبهها بالوديعة، ومن فرق قال: الوديعة مقبوضة لمنفعة الدافع، والعارية لمنفعة القابض. واتفقوا في الاجارة على أنها غير مضمونة: أعني الشافعي وأبا حنيفة ومالكا، ويلزم الشافعي إذا سلم أنه لا ضمان عليه في الاجارة أن لا يكون ضمان في العارية إن سلم أن سبب الضمان هو الانتفاع، لانه إذا لم

(١) دليل المحتاج شرح المنهاج للإمام النووي لفضيلة الشيخ رجب نوري مشوح، المؤلف غير معروف ٢٨٨/٢

(٢) حاشية عميرة، المؤلف غير معروف ٢٦٦/٢

يضمن حيث قبض لمنفعتهما فأحرى أن لا يضمن حيث قبض لمنفعته إذا كانت منفعة الدافع مؤثرة في إسقاط الضمان.

واختلفوا إذا شرط الضمان، فقال قوم: يضمن، وقال قوم: لا يضمن، والشرط باطل، ويجئ على قول مالك إذا اشترط الضمان في الموضع الذي لا يجب فيه عليه الضمان أن يلزم إجارة المثل في استعماله العارية لان الشرط يخرج العارية عحكم العارية إلى باب الاجارة الفاسدة إذا كان صاحبها لم يرض أن يعير إلا بأن يخرجها في ضمانه، فهو عوض مجهول فيجب أن يرد إلى معلوم.

واختلف عن مالك والشافعي إذا غرس المستعير وبنى ثم انقضت المدة التي استعار إليها، فقال مالك: المالك بالخيار وإن شاء أخذ المستعير بقلع غراسته وبنائه، وإن شاء أعطاه قيمته مقلوعا إذا كان مما له قيمة بعد القلع، وسواء عند مالك انقضت المدة المحدودة بالشرط أو بالعرف أو العادة، وقال الشافعي: إذا لم يشترط عليه القلع فليس له مطالبته بالقلع، بل يخير المعير بأن يبقيه بأجر يعطاه، أو ينقض بأرش، أو يتملك ببدل، فأيها أراد المعير أجبر عليه المستعير، فإن أبى كلف تفريغ الملك.

وفي جواز بيعه للنقض عنده خلاف، لانه معرض للنقض، فرأ الشافعي أخذه المستعير بالقلع دون أرش هو ظلم،

ورأى مالك أن عليه إخلاء المحل، وأن العرف في ذلك يتنزل منزلة الشروط، وعند مالك أنه إن استعمل العارية استعمالا ينقصها عن استعمال المأذون فيه ضمن ما نقصها بالاستعمال.

واختلفوا من هذا الباب في الرجل يسأل جاره أن يعيره جداره ليغرز فيه خشبة لمنفعته ولا تضر صاحب الجدار، وبالجملة في كل ما ينتفع به المستعير ولا ضرر على المعير فيه، فقال مالك وأبو حنيفة: لا يقضى عليه به إذ العارية لا يقضى بها، وقال الشافعي وأحمد وأبو ثور وداود وجماعة أهل الحديث: يقضى بذلك. وحجتهم ما خرجه مالك عن ابن شهاب عن الاعرج عن أبي هريرة أن رسول الله (ص) قال: لا يمنع أحدكم جاره أن يغرز خشبة في جداره ثم يقول أبو هريرة: ما لي أراكم عنها معرضين، والله لارمين بها بين أكتافهم. واحتجوا أيضا بما رواه مالك عن عمر بن الخطاب أن الضحاك بن قيس) ساق خليجا له من العريض، فأرادوا أن يمر به في أرض محمد بن مسلمة، فأبى محمد، فقال له." (١)

" ففيه صدوق كثير الأوهام كذا في التقريب (وحديث جرير يقال تدليس) أي مدلس (دلس فيه جرير) معنى التدليس أي يروي الراوي عمن لقيه أو عاصره ما لم يسمعه منه بصيغة تحتمل السماع كلفظة

---

(١) بداية المجتهد، المؤلف غير معروف ٢/٢٥٦

قال وعن قوله (هو الرجل الذي يشتري العبد فيستغله) أي يأخذ غلته (فالغلة للمشتري) لا للبائع (لأن العبد لو هلك هلك من مال المشتري) أي لم يكن على البائع شيء أي الخراج مستحق **بسبب الضمان**

٤ –

(باب ما جاء من الرخصة في أكل الثمرة للمار بها)

[١٢٨٧] قوله (حدثنا محمد بن عبد الملك بن أبي الشوارب) قال في التقريب صدوق من كبار للعاشرة (حدثنا يحيى بن سليم) هو الطائفي كما هو مصرح عند بن ماجه

قال في التقريب يحيى بن سليم الطائفي صدوق سيء الحفظ انتهى

وقال في مقدمة فتح الباري وثقة بن معين والعجلي وبن سعد

وقال أبو حاتم محله الصدق ولم يكن بالحافظ

وقال النسائي ليس به بأس وهو منكر الحديث عن عبيد الله بن عمرو

وقال الساجي أخطأ في أحاديث رواها عن عبيد الله بن عمرو

قال يعقوب بن سفيان كان رجلا صالحا وكتابه لا بأس به فإذا حدث من كتابه فحديثه حسن

وإذا حدث حفظا فيعرف وينكر انتهى

قلت حديث الباب رواه يحيى بن سليم عن عبيد الله بن عمر

قوله (من دخل حائطا فليأكل) أي من ثماره (ولا يتخذ خبنة) بضم الخاء المعجمة وسكون الموحدة وبعدها نون وهي طرف الثوب أي لا يأخذ منه شيئا في ثوبه

قوله (وفي الباب عن عبد الله بن عمرو) أخرجه أبو داود في اللقطة والنسائي في الزكاة وبن ماجه ". (١)

" أحد من الأصحاب الثاني والثالث وهما قول النخعي والعكلي فليسا معدودين من مذهب الشافعي وأطلق المتقدمون من أصحابنا الأوجه الثلاثة والأربعة هكذا من تعويض لأن يكون المودع مات فجأة وقتل بغتة أو مات عن مرض بوصية أو غير وصية لم يتعرضوا لشيء من ذلك بنفي ولا إثبات وظاهره جريان الخلاف في جميع هذه الأحوال وسببه ما أشرنا إليه في التعليل وهو جار في الأحوال والمرجح عند الجمهور منه الضمان

والمختار عندي ما ذكرته من التفصيل

---

(١) تحفة الأحوذي، المؤلف غير معروف ٤/٤٢٤

وحيث قلنا بالضمان هنا فهو ضمان الفقدان لا ضمان العدوان فقد ينضم إليه سبب عدواني يقتضي الضمان

فحيث قلنا في هذه الأوجه يضمن أو لا يضمن فليس مرادنا إلا من جهة الفقه وقد يجتمع **سبب الضمانين** وقد يرتفعان وقد يوجد أحدهما بدون الآخر

وهذه المسألة على هذه الصورة لم يتعرض لها الرافعي والغزالي والمتولي والبغوي والشيخ أبو إسحاق في المهذب تعرض للمسألة المتقدمة وذكر الخلاف بين أبي إسحاق وظاهر النص ولكنه فرضه فيما إذا أوصى ووصف الوديعة فلم توجد وصاحب البيان تبعه في التصوير وزاد وجها ثالثا وهو القول بعدم الضمان وصححه ولم يذكر النص وذكر وجه أبي إسحاق على زعمه المفصل بين أن يوجد في التركة جنسها أو لا

ووجه المروذي فإن أراد ما أراده الأولون من الضمان بسبب فقدها من التركة فهو في حكاية عدم الضمان موافق للماوردي وهو في تصحيحه مخالف للجمهور وإن أراد الضمان بسبب الوصية فهو فرضه فيما إذا أوصى ووصف فكيف تأتي الثلاثة أوجه والرافعي والبغوي والمتولي والإمام ذكروا المسألة في الوصية وتركها وذكروا الخلاف بين أبي إسحاق وغيره وكلامهم يقتضي أن التضمين سبب ترك الإيصاء والمعروف من الخلاف بين أبي إسحاق والأصحاب إنما هو بسبب الفقد فكأنهم جمعوا المسألتين والصواب التمييز بينهما وذكروا الخلاف بين أبي إسحاق وغيره فيما إذا ذكر جنس الوديعة ولم يصفها فلم توجد في تركته قال الجمهور يضمن خلافا لأبي إسحاق

فإن كان الرافعي يثبت هذا الخلاف إذا وصفها أيضا ولم توجد ويقول إنه لا فرق بين أن يوصي في الصحة أو في المرض فهو مقتضى نص الشافعي الذي حكيناه من غير فرق

---

(١) ".

"وقال زفر والشافعي : يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر لما روي في ذلك عن علي – رضي الله عنه – ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لأنه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه ، كما إذا كان الاصطدام عمدا أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة أو حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا .

ولنا أن الموت يضاف إلى فعل صاحبه لأن فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستندا

---

(١) فتاوى السبكي، المؤلف غير معروف ٢/٢٦٩

للإضافة في حق الضمان كالماشي إذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وإن كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره **سبب للضمان** كالنائم إذا انقلب على غيره . وروي عن علي – رضي الله عنه – أنه أوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا . وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق . ا هـ .

وقال الكاساني (١) :

إذا اصطدم فارسان فماتا فدية كل واحد منهما على عاقلة الآخر في قول أصحابنا الثلاثة رحمهم الله وعند زفر رحمه الله على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر وهو قول الشافعي رحمه الله (وجه) قول زفر أن كل واحد منهما مات بفعلين فعل نفسه وفعل صاحبه وهو صدمة صاحبه وصدمة نفسه فيهدر ما حصل بفعل نفسه ويعتبر ما حصل بفعل صاحبه فيلزم أن يكون على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر كما لو جرح نفسه وجرحه أجنبي فمات أن على الأجنبي نصف الدية لما قلنا ، كذا هذا (ولنا) ما روي عن سيدنا علي – رضي الله عنه – أنه قال مثل مذهبنا ولأن كل واحد منهما مات من صدم صاحبه إياه فيضمن صاحبه كمن بنى حائطا في الطريق فصدم رجلا فمات أن الدية على صاحب الحائط

---

(١) ص ٢٧٣ ج ٧ من كتاب بدائع الصنائع .." (١)

"الكفارة فيما أوطأته بيدها أو برجلها (ولا كفارة عليهما) ولا على الراكب فيما وراء الإيطاء ؛ لأن الراكب مباشر فيه لأن التلف بثقله وثقل الدابة تبع له ، لأن سير الدابة مضاف إليه وهي آلة له ، وهما مسببان لأنه لا يتصل منهما إلى المحل شيء وكذا الراكب في غير الإيطاء ، والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبب ، وكذا يتعلق بالإيطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوضعية دون السائق والقائد ؛ لأنه يختص بالمباشرة (ولو كان راكب وسائق قيل : لا يضمن السائق ما أوطأت الدابة) لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرناه والسائق مسبب والإضافة إلى المباشر أولى ، وقيل : الضمان عليهما ؛ لأن كل ذلك **سبب الضمان** .

ثم قال (١) : (ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن ، وكذا على هذا سائر أدواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها) ؛ لأنه متعد في هذا التسبب ، لأن الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد أو الإحكام بخلاف الرداء ؛ لأنه لا يشد في العادة ، ولأنه قاصد لحفظ هذه الأشياء كما في المحمول على

---

(١) مجلة البحوث الإسلامية، المؤلف غير معروف ٢٩/٢٦

عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل ، فيقيد بشرط السلامة .

قال : (ومن قاد قطارا فهو ضامن لما أوطأ فإن وطئ بعير إنسانا ضمن به القائد والدية على العاقلة) لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق ، وقد أمكنه ذلك ، وقد صار متعديا بالتقصير فيه والتسبب بوصف التعدي سببا للضمان إلا أن ضمان النفس على العاقلة فيه ، وضمان المال في ماله (وإن كان معه سائق فالضمان عليهما) لأن قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه ؛ لاتصال الأزمة ، وهذا إذا كان السائق في جانب من الإبل ، أما إذا كان توسطها وأخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه ؛ لأن القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام ، والسائق يسوق ما يكون قدامه ثم قال : (ومن سار على دابة في الطريق

---

(١) ص ٣٤٩ . 3٥٤٣ من ج ٨ من التكملة .." (١)

"(٢٩) ضمان موضع التعدي :

إذا حفر حفرة واسعة في ملكه قريبا من أرض جاره بحيث يؤدي إلى إضرار أرض جاره فإنه يكون متعديا ضامنا لمن وقع في موضع التعدي ، كما قاله البلقيني (١) .

(قلت) هو الصحيح ؛ لأن التعدي **سبب للضمان** .

---

(١) الرملي ، نهاية المحتاج ٧ \ ٣٥٣ ، الشربيني ، المغني ٤ \ ٨٣ .." (٢)

"الخاتمة :

بعد هذه الجولة في أحكام حريم البئر وضمانه أجدني توصلت إلى النتائج التالية :

١ - أن الشريعة الإسلامية استوعبت كل ما يتعلق بالحياة الدنيا والحياة الآخرة سواء كان ذلك نصا أو إيماء أو قياسا ، أو غير ذلك .

٢ - أن الشريعة الإسلامية إذا طبقت لا نجد أي نزاع أو خصام بين الناس ؛ لأن كل ما يدعو إلى النزاع والخصام مرفوض فيها .

٣ - من حفر بئرا فعليه سدها أو عمل حائطا عليها حتى تعلم ، فإن لم يفعل ضمن ما يتلف فيها بشروط

---

(١) مجلة البحوث الإسلامية، المؤلف غير معروف ٥٧/٢٦

(٢) مجلة البحوث الإسلامية، المؤلف غير معروف ٢٧٢/٥٦

ذكرها الفقهاء .

٤ – سبب الضمان عند الفقهاء غير المالكية العدوان في حفر البئر ، بأن يحفرها في الطريق لمصلحة نفسه أو في طريق يضر بالمارة أو يضيق الطريق ، أو في ملك غيره وبدون إذنه ، أو في ملكه ولم يعلم الداخل فيها ، أو في طريق مشترك بلا إذن الشركاء . وقال المالكية سبب الضمان الضرر ، وقصد الضرر ، وأوجبوا القصاص إذا قصد ضرر." (١)

"١٤ – إذا استأجر أجيرا لحفر بئر فسقط عليه البئر فلا ضمان على الآمر ، وإذا كان الأجراء أربعة فسقط على واحد منهم بفعلهم ، فعلى كل واحد من الثلاثة ربع الدية ويسقط ربع دية نفسه ، وكذا أعوان الأجراء .

١٥ – إذا حفر بئرا في دار استأجرها ، أو كانت موقوفة عليه ، أو كان مالكا لها وأخرها أو رهنها وحفر فيها ، فلا ضمان عليه فيما يسقط فيها ، فإن كان مستعيرها ضمن .

١٦ – أمر السلطان وإكراهه سبب للضمان عليه ، وكذا أمر السيد عبده .

والله أعلم ، وصلى الله على سيدنا محمد ، وعلى آله وصحبه وسلم . والحمد لله رب العالمين .." (٢)

"ويميز ابن عابدين رحمه الله بين أن يكون عقد التأمين معقودا في دار الحرب مع المؤمن الذي يسميه (صاحب السوكرة) وأن يكون معقودا في دار الإسلام؛ فعدم جواز اخذ التعويض مقصور على الحالة الثانية التي يعقد فيها السوكرة في دار الإسلام حيث تطبق عليه أحكام الإسلام، أما إذا كان التأمين معقودا في دار الحرب وأرسل صاحب السوكرة بعد هلاك البضاعة مبلغ التعويض إلي صاحبها التاجر الذي في دار الإسلام فإن أخذه عندئذ حلال لأنه أخذ لمال حربى برضاه دون غدر ولا خيانة وليس بعقد فاسد معقود في دار الإسلام حتى يكون خاضعا لأحكام ديننا.

وقال ابن عابدين أيضا "إن كان العقد في بلادنا والقبض في بلادهم، فالظاهر أنه لا يحل أخذه ولو برضا الحربي لابتنائه على العقد الفاسد الصادر في بلاد الإسلام، فيعتبر حكمه".

فابن عابدين يرى أن عقد التأمين البحري الذي كثر السؤال عنه في زمانه لا حكم له إذا عقد في بلد غير إسلامي عقده مسلم أو غيره. وإذا عقد في بلد إسلامي كان عقد معاوضة فاسدا لا يلزم الضمان به لأنه التزام ما لا يلزم شرعا، وفساد العقد كان للفساد في أحد بدليه لأنه لا سبب للضمان شرعا، وله في حل

(١) مجلة البحوث الإسلامية، المؤلف غير معروف ٣١١/٥٦

(٢) مجلة البحوث الإسلامية، المؤلف غير معروف ٣١٤/٥٦

أخذ مال البدل بمقتضي هذا العقد التفصيل السابق، وإذا كان ابن عابدين لم يكن له رأي إلا في التأمين البحري.فان مذهبه فيه يقضى حتما بأن يكون هذا حكم سائر أنواع التأمين لأنه لا يوجد فيها سبب شرعي للضمان فيكون التزام ما لا يلزم، ويكون العقد في هذه الأنواع عقدا فاسدا إذا عقد في دار الإسلام بين مستأمنين، أو ذميين أو مسلمين، أو اختلط طرفاه. ولا يحل لمسلم أخذ البدل بمقتضاه، وإذا عقد في بلد غير إسلامي لم يكن له حكم، ويحل للمسلم اخذ البدل بالرضا لا بالتقاضي.

(ب) في مجموع الرسائل؛ في رسالة (أجوبة محققة عن اسئلة مفرقة) للعلامة محمد ابن عابدين صاحب الحاشية، جاء في هذه الرسالة (١) ما نصه: (وسئلت؛ في رمضان سنة أربعين ومائتين وألف عما إذا جرت العادة بين التجار أنهم يستأجرون مركبا من مراكب أهل الحرب لحمل بضائعهم وتجارتهم ويدفعون للمراكبي الحربي الأجرة المشروطة وتارة يدفعون له مبلغا زائدا على الأجرة لحفظ البضائع بشرط ضمان ما يأخذه أهل الحرب منها، وانه أن اخذوا منه شيئا فهو ضامن لصاحبها جميع قيمة ذلك، فاستأجر رجل من التجار رجلا حربيا كذلك ودفع له مبلغا تراضيا عليه على انه أن أخذ أهل الحرب منه شيئا من تلك البضاعة يكون ضامن من الجميع ما يأخذونه، فسافر بمركبه فأخذه منه بعض القطاع في البحر من أهل الحرب فهل يلزمه ضمان ما التزم حفظه وضمانه بالعوض؟ أم لا؛ فأجبت، الذي يظهر من كلامهم عدم لزوم الضمان .. الخ وذكر ما ذكر في حاشية المختار في قرابة صفحتين وبعض الثالثة فلا حاجة إلي التكرار.

(١) مجموع الرسائل ج٢ص١٧٧ وما بعدها، وابن عابدين وأثره في الفقه الدكتور الفرفور ك. تب البحث ج٢ ص٢٥٠ وما بعدها." (١)

"وكذلك الأمر عند القائلين بالقيمة عند المالكية مثل ابن عتاب وابن دحون حيث أفتيا برعاية القيمة – في مسألة إلغاء السكة – يوم القرض (١) .

بل إن كثيرا من العلماء ذهبوا إلى اعتبار القيمة يوم العقد ، ونشأة سبب الضمان في مسائل كثيرة ، فقد ذكر لنا ابن نجيم منها : المقبوض على رسوم الشراء ... فالاعتبار لقيمته يوم القبض ، أو التلف ومنها المغصوب القيمي إذا هلك ، فالمعتبر قيمته يوم غصبه اتفاقا ، كذلك المغصوب المثلي إذا انقطع عند أبي يوسف ، ومنها المقبوض بعقد فاسد تعتبر قيمته يوم القبض ، لأنه به دخل في ضمانه ، ومنها العبد المجني عليه تعتبر قيمته يوم الجناية ، ومنها : ما لو أخذ من الأرز والعدس ونحوهما وقد كان دفع إليه دينارا مثلا

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المؤلف غير معروف ٤٠٦/٢

لينفق عليه ثم اختصما بعد ذلك في قيمة المأخوذ ... قال في التيمية : تعتبر قيمة يوم الأخذ ... (٢) وقد صرح المالكية أن رد القيميات يكون برد قيمتها يوم العقد ، قال خليل : (إن اختلف المتبايعان في جنس الثمن ، أو مثمن ، أو نوعه حلفا ، وفسخ مطلقا ورد قيمتها في الفوات) قال الدردير : (وتعتبر القيمة يوم البيع ، لا يوم الحكم ، ولا يوم الفوات ، وهذا إن كان مقوما...) وعلل الصاوي ذلك بقوله : (لأنه أول زمن تسلط المشتري على المبيع ..) وذكروا أمثلة أخرى بهذا الخصوص (٣)

وذكر السيوطي أمثلة كثيرة جدا روعيت فيها القيمة يوم القبض ، منها مسألة ماء التيمم في موضع عز فيه الماء حيث تراعى قيمته في ذلك الموضع في تلك الحالة على الصحيح عند جمهور الأصحاب ، كذلك الطعام والشراب حالة المخمصة ، ومنها مسألة المبيع إذا تخالفا ، وفسخ وكان تالفا يرجع إلى قيمته يوم القبض على رأي ، لأنه مورد الفسخ ، ويوم القبض ، على رأي آخر ، لأنه وقت دخول المبيع في ضمانه ، وما يعرض بعد ذلك من زيادة ، أو نقصان فهو ملكه ، ومنها المستعار إذا تلف تعتبر قيمته يوم القبض على وجه ، وكذلك المقبوض على جهة السوم ، إذا تلف ... (٤)

---

(١) المعيار المعرب : ٦ /٤٦١ – ٤٦٢

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم : ص ٣٦٢ – ٣٦٤ .

(٣) حاشية العلامة الصاوي على شرح الدردير على مختصر خليل : ٥٢٨/٢– ٥٣٦ .

(٤) الأشتباه والنظائر للسيوطي : ص ٣٦٨ – ٣٧٧ .." (١)

"٣- إيداع المبيع عند المشتري أو إعارته منه ، وكذا لو أودع المشتري المبيع عند أجنبي أو أعاره وطلب من البائع تسليمه إليه يصير قابضا ، أما لو أودع المشتري من البائع أو أعاره له أو آجره لم يكن ذلك قبضا (١) .

٤- اتباع الجاني بالجناية على المبيع عند الإمام أبي يوسف خلافا للإمام محمد ، فلو جنى أجنبي على المبيع فاختار المشتري اتباع الجاني بالضمان كان اختياره بمنزلة القبض عند أبي يوسف ، حتى لو هلك المبيع يكون الهلاك على المشتري ويتقرر عليه الثمن ولا يبطل البيع ، وقال محمد : لا يصير قابضا ويبقى المبيع في ضمان البائع ، ويؤمر بالتسليم إليه ، ويكون الهلاك على البائع ، ويبطل البيع ويسقط الثمن عن المشتري والأدلة تؤخذ من المطولات (٢) .

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المؤلف غير معروف ٩٨٥٣/٢

٥- القبض السابق : كل ما مر ذكره فيما إذا كان المبيع في يد البائع ، فإن كان في يده المشتري بقبض سابق ثم باعه المالك له ، فهل يعد قابضا بمجرد الشراء ، أو لا بد من تجديد القبض ليتم التسليم ؟ قبل الإجابة على هذا السؤال لا بد من تفصيل في القبض وأقسامه لدى الفقهاء فلقد قسم الفقهاء القبض من حيث قوة أثره وضعفه إلى قسمين : قبض الضمان وقبض الأمانة (٣) .

(أ) فقبض الضمان هو : (ما كان فيه القابض مسئولا عن المقبوض تجاه الغير فيضمنه إذا هلك عنده ، ولو بآفة سماوية) ، كالمغصوب في يد الغاصب ، والمبيع في يد المشتري .

(ب) وقبض الأمانة : هو (ما كان فيه القابض غير مسئول عن المقبوض إلا بالتعدي ، أو التقصير في الحفظ) كالوديعة في يد المودع عنده والعارية في يد المستعير ، وعدوا قبض الضمان أقوى من قبض الأمانة بسبب الضمان المترتب ، والأصل عند الفقهاء أن القبض السابق ينوب عن القبض اللازم في البيع إذا كانا متجانسين في الضمان وعدمه ، أو كان السابق أقوى ، بخلاف ما إذا كان أضعف ، فقبض الضمان ينوب عن قبض الأمانة فلا ينوب إلا عن قبض الأمانة فقط ، ولا ينوب عن قبض الضمان ، لأن الأدنى لا يغني عن الأعلى (٤) .

---

(١) البدائع : ٢٤٦/٥ .

(٢) البدائع : ٢٤٦/٥ وما بعدها .

(٣) عقد البيع للأستاذ الزرقا ص ٨٧ وما بعدها ، وفتح القدير ٢٠٠/٥ ، ورد المحتار ٥٣٥/٤ .

(٤) مجمع الضمانات للبغدادي ص ٢١٧ .." (١)

"فإن لم يتلف المال بل طرأ عليه عيب أوجب نقصان قيمته قسمت قيمة الباقي منه على قيمة ما هلك منه، فيسقط الدين الذي يصيب الحصة التي تلفت ويبقى ما يلحق الحصة الباقية منه.

مثلا - إذا اشترى إنسان دارا قيمتها ألف قرش بمئة قرش وفاء وتسلمها فطرأ عليها خراب أنزل قيمتها إلى خمسمائة قرش فيسقط من ذلك الدين خمسون قرشا.

قال: وقد قيدت القيمة في هذه المادة وفي المادتين الآتيتين بالقيمة يوم القبض، لأن سبب الضمان هو القبض فيجب أن تعتبر القيمة وقت القبض (١) .

وقال الأتاسي في شرحه عند كلامه على المادة ٣٩٩ هذه المادة وما بعدها إلى آخر الفصل مفرعة على

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المؤلف غير معروف ١١٧٣٨/٢

كون المبيع وفاء له حكم الرهن . لكنه ذكر أن بيع الوفاء يخالف الرهن في الأحكام التالية:

١ – القبض شرط جواز الرهن في الأصح حتى لا يصح الارتهان ولا يترتب عليه حكم بمجرد الإيجاب والقبول ، كما في الأنقروية وغيرها. بخلاف بيع الوفاء فإنه لا يشترط لجوازه قبض المبيع ، حتى صحت إجارته قبل قبضه عند البعض.

٢ – رهن المشاع غير صحيح ولو من الشريك سواء احتمل القسمة أو لا، بخلاف المبيع وفاء، فإن بيعه صحيح إذا كان مشاعا مطلقا كما صرحوا به.

٣ – من حيث التأجيل فإن الأجل في الرهن مفسد له، لأن حكمه حبس مستدام، بخلاف الأجل في بيع الوفاء، فإنه صحيح فإن بيع الوفاء بالنسبة لهذه الأحكام ملحق بالبيع الصحيح (٢) .

ونصت المادة ٤٠٠ على ما إذا كانت قيمة المال المبيع ناقصة عن الدين وهلك المبيع في يد المشتري، فإنه يسقط من الدين بقدر قيمته واسترد المشتري الباقي وأخذه من البائع. ونصت المادة ٤٠١ على ما إذا كانت قيمة المال من المبيع وفاء زائدة عن مقدار الدين وهلك المبيع في يد المشتري سقط من قيمته قدر ما يقابل الدين وضمن المشتري الزيادة إن كان هلاكه بالتعدي، وأما إن كان بلا تعد فلا يلزم المشتري إذا تلك الزيادة.

جاء في شرح الأتاسي تعليقا على المواد سالفة البيان أنه إذا باع وفاء ما قيمته عشرة بعشرة فهلك عند المشتري سقط الدين، ولو قيمته خمسة رجع على البائع بخمسة أخرى. ولو خمسة عشر، فالفضل أمانة لا يضمن إلا بالتعدي. ثم إن قيمته تعتبر يوم القبض لا يوم الهلاك لكن إذا كان هلاكه بالتعدي من المشتري تعتبر قيمته يوم الهلاك لا يوم القبض لوروده على العين المودعة.

أما لو أتلفه أجنبي فيضمن قيمته يوم هلك باستهلاكه وتكون القيمة في يد المشتري إلى أن يأخذ دينه (٣) .

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام: ٣٦٦/١ .

(٢) شرح المجلة لمحمد خالد الأتاسي: ٤٢٥/٢ .

(٣) شرح الأتاسي: ٤٢٦/٢ .." [1]

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المؤلف غير معروف ١٤٦٠٩/٢

"وبينت المادة التسعون حكم ما إذا اجتمع المباشر والمتسبب، فتنص على أنه إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر ، ومثاله: لو حفر رجل بئرا في الطريق العام، فألقى أحد حيوان شخص في ذلك البئر، ضمن الذي ألقى الحيوان ولا شيء على حافر البئر؛ لأن حفر البئر بحد ذاته لا يستوجب تلف الحيوان لو لم ينضم إليه فعل المباشر – وهو إلقاء الحيوان في البئر – لما تلف بحفر البئر فقط (١) .

وهذه القواعد يتفق عليها فقهاء المذاهب، يقول ابن عبد السلام في قواعده : يجب الضمان بأربعة أشياء: اليد والمباشرة والتسبب والشرط (٢) .

ويقول السيوطي في قاعدة: إذا اجتمع السبب أو الغرر والمباشرة قدمت المباشرة (٣) ، ويسوق أمثلة كالأمثلة التي ذكرناها.

ويذكر صاحب الفروق في المالكية في الفرق السابع عشر بعد المئتين: أسباب الضمان ثلاثة: أحدهما التفويت مباشرة، وثانيها : التسبب للإتلاف، وثالثها : وضع اليد غير المؤتمنة (٤) .

وفي قواعد ابن رجب: إذا استند إتلاف أموال الآدميين إلى مباشرة وسبب تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب؛ إلا إذا كانت المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه.. ثم إن كانت المباشرة والحالة هذه لا بد وأن فيها بالكلية استقل السبب وحده بالضمان. وإن كان فيها عدوان شاركت **السبب الضمان**، ويضرب جملة من الأمثلة لذلك منها: إذا حفر واحد بئرا عدوانا، ثم دفع غيره فيها آدميا معصوما أو مالا لمعصوم، فسقط فتلف، فالضمان على الدافع وحده. ومنها: لو رمى معصوما من شاهق فتلقاه آخر بسيف فقتله به، فالفاعل هو الثاني دون الأول (٥) .

الركن الثاني – الضرر:

يعرف القانونيون الضرر بأنه: الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحة مشروعة له ؛ سواء كان ذلك الحق أو تلك المصلحة متعلقة بسلامة جسمه أو عاطفته أو بماله أو حريته أو شرفه واعتباره أو غير ذلك؛ فهو شرط ضروري لقيام المسؤولية التقصيرية وإمكان المطالبة بالتعويض ،لأن التعويض لا يكون إلا عن ضرر أصاب طالبه، ولأن مدعى المسؤولية لا تكون له مصلحة في الدعوى إلا إذا كان قد أصابه ضرر يطالب بتعويضه (٦) .

---

(١) درر الأحكام شرح مجلة الأحكام: ١٢ / ٨٣

(٢) قواعد الأحكام: ٢ / ١٥٥

(٣) الأشباه والنظائر: ص ١٦٢

(٤) الفروق للقرافي: ٤ / ٢٧

(٥) القواعد لابن رجب، القاعدة السابعة والعشرون بعد المائة

(٦) الوسيط: ١ / ٣١٠." (١)

"٢- أن عمل المضاربة المشتركة ذو طبيعة مستمرة لا تتوقف وذلك لأن العمليات التي يقوم بها المصرف متتابعة ومتداخلة وليس ممكنا الحكم بتاريخ معين على حدوث خسارة محددة إلا إذا صفيت جميع عمليات المصرف، وهذا يعني تصفية المصرف نفسه حيث يحتمل أن تكون عمليات رابحة لو صفيت لكانت أرباحها أكبر من الخسارة الظاهرة.

ولما كانت هذه التصفية متعذرة فإن الحل الوحيد للسماح بسحب الودائع الحسابية الاستثمارية ودخول مودعين جدد هو تقرير مبدأ سحب رأس المال وذلك نحو ما تفعل المصارف الإسلامية دون أن تصرح بالضمان.

وقد حدث في أحد المصارف الإسلامية التي لا تأخذ بأصل مبدأ الضمان خسارة كبيرة حيث لم تجد هيئة الرقابة الشرعية مناصا من تضمين المصرف للخسارة الواقعة على أساس الخطأ المفترض.

بينما استحدث في البنك الإسلامي الأردني منذ تأسيسه صندوق خاص لتغطية مخاطر الاستثمار حيث تقتطع نسبة ١٠ ٪ سنويا من الأرباح لحساب هذا الصندوق أخذ بوجهة النظر المالكية وذلك بالنسبة لجواز تخصيص جزء من ربح المضاربة لجهة ثالثة غير العامل ورب المال . (انظر المادة ٢١ من قانون البنك الإسلامي الأردني رقم ١٣ لسنة ١٩٧٨ والقانون المعدل لسنة ١٩٨١م).

٣- الأساس الفقهي الذي فرقت فيه بعض الآراء بين عمل العامل في مال القراض بنفسه وبين عمله عن طريق دفعه إلى من يعمل فيه.

فقد عرض الفقيه المالكي ابن رشد الحفيد لهذه المسألة عند البحث في طوارئ المضاربة بأنه لم يختلف المشاهير من فقهاء الأمصار أنه (إن دفع العامل رأس مال القراض إلى مقارض آخر أنه ضامن إن كان خسر وإن كان ربح فذلك على شرطه ثم يكون للذي عمل شرطه على الذي دفع إليه فيوفيه حقه مما بقي من المال). (١)

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المؤلف غير معروف ١٦٢٣٣/٢

والمضاربة تشبه الإجارة من حيث إنها استحقاق الربح بالعمل أو بالضمان ، وكما أن الأجير الوسيط يستحق الربح ولو لم يعمل في حالة دفع العمل لغيره ولا سبب لذلك إلا الضمان. كذلك فإن المضارب الوسيط حيث لم يقدم عملا ولا مالا إنما يستحق الربح **بسبب الضمان**. لذلك لم يتردد الفقيه الكاساني في ضرب المثل مأخوذا من واقع ربح المضاربة بمثال من الإجارة.

---

(١) ابن رشد (الحفيد)، بداية المجتهد، ٢/٢٣٨).." (١)

"وكذلك الأمر عند القائلين بالقيمة من المالكية مثل ابن عتاب وابن دحون، حيث أفتيا برعاية القيمة —في مسألة إلغاء السكة— يوم القرض. (١)

بل إن كثيرا من العلماء ذهبوا إلى اعتبار القيمة يقوم العقد، ونشأة **سبب الضمان** في مسائل كثيرة، فقد ذكر لنا ابن نجيم منها: المقبوض على يوم الشراء . فالاعتبار لقيمته يوم القبض، أو التلف، ومنها المغصوب القيمي إذا هلك، فالمعتبر قيمته يوم غصبه اتفاقا، وكذلك المغصوب المثلي إذا انقطع عند أبي يوسف ، ومنها المقبوض بعقد فاسد تعتبر قيمته يوما القبض؛ لأنه به دخل في ضمانه، ومنها العبد المجني عليه، تعتبر قيمته يوم الجناية ، ومنها: ما لو أخذ من الأرز والعدس، ونحوهما وكان قد دفع إليه دينارا مثلا، لينفق عليه، ثم اختصما بعد ذلك في قيمة المأخوذ.. قال في اليتيمة: تعتبر قيمته يوم الأخذ. (٢)

وذكر السيوطي أمثلة كثيرة جدا، روعيت فيها القيمة يوم القبض، منها مسألة ماء التيمم، في موضع عز فيه الماء حيث تراعى قيمته في ذلك الموضع في تلك الحالة على الصحيح عند جمهور الأصحاب، وكذلك الطعام والشراب حالة المخمصة، ومنها مسألة المبيع إذا تخالفا، وفسخ وكان تالفا يرجع إلى قيمته يوم التلف على رأي لأنه مورد الفسخ، ويوم القبض على رأي آخر؛ لأنه وقت دخول المبيع في ضمانه، وما يعرف بعد ذلك من زيادة أو نقصان فهو ملكه، ومنها المستعار إذا تلف تعتبر قيمته يوم القبض على وجه، وكذلك المقبوض على جهة السوء، إذا تلف. (٣)

قال النووي ، في مسألة رد القيمي في القرض بالقيمة: "يرد القيمة يوم القبض، إن قلنا يملك به" (٤)

وقال السيوطي: "وإذا قلنا: إنه يرد في المتقوم القيمة، فالمعتبر قيمة يوم القبض إن قلنا يملك به، وكذا إن قلنا: يملك بالتصرف في وجه" (٥)

وقد نص الإمام أحمد في الدراهم المكسورة بعد كسادها على أنه يقومها: كم تساوي يوم أخذها (٦) قال

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المؤلف غير معروف ٢/١٧٨٢٩

صاحب المطالب: "ويجب على المقترض رد قيمة غير المكيل والموزون يوم القبض" (٧) وقال ابن قدامة: " تجب القيمة حين القرض "؛ لأنها حينئذ ثبتت في ذمته (٨) وقد نص إمام الحرمين والغزالي ، وغيرهما من فقهاء المذهب الشافعي على أن العبرة في حالة تغير النقد ، هو النقد الذي كان سائدا يوم العقد، ولا ينظر لنقد يوم الحلول. وكذلك الثمن المؤجل إذا حل (٩) وقال مالك:

"لا بأس أن يضع الرجل عند الرجل درهما، ثم يأخذ منه بربع، أو ثلث، أو بكسر معلوم: سلعة معلومة ، فإذا لم يكن في ذلك سعر معلوم، وقال الرجل: آخذ منك بسعر كل يوم، فهذا لا يحل؛ لأنه غرر يقل مرة، ويكثر مرة. ولم يفترقا على بيع معلوم" (١٠) وهذا الكلام يدل على اعتبار سعر معلوم عند بداية التصرف.

---

(١) المعيار المعرب (٦/٤٦١-٤٦٢)

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ص ٣٦٢-٣٦٤)

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ص (٣٦٨-٣٧٧)

(٤) الروضة (٤/٣٧).

(٥) الأشباه والنظائر ص (٣٧١)

(٦) المغني لابن قدامة (٤/٣٦٠)

(٧) مطالب أولي النهى (٣/٢٤٣)

(٨) المغني (٤/٣٥٣)

(٩) النهاية لإمام الحرمين –مخطوطة (٧/٢٨٨) نقلا عن الأستاذ الدكتور عبد العظيم الديب في كتابه القيم: فقه إمام الحرمين ص (٤٢٠)؛ وراجع الوسيط للغزالي مخطوطة طلعت (جـ ٢/١٤٨)

(١٠) الموطأ ص (٤٠٣)." (١)

"وبالإضافة إلى ذلك فإن للدين آثارا سلبية في نطاق الأخلاق والاجتماع والسياسة، فقد أشار الرسول الكريم صلى الله عليه وسلم إلى خطورة الدين على الأخلاق والسلوك، فقد روى الشيخان وغيرهما بسندهم عن عائشة قالت: كان رسول الله صلى الله عليه وسلم يدعو في الصلاة فيقول: ((اللهم إني أعوذ بك من المأثم والمغرم)) قالت: فقال له قائل: ما أكثر ما تستعيذ من المغرم ! قال: ((إن الرجل إذا غرم حدث فكذب، ووعد فأخلف)) (١) ، بالإضافة إلى أنه قد يسلك سبلا ملتوية في سبيل الحصول على المال،

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المؤلف غير معروف ٢/١٨٣٨٦

ولا سيما إذا رأى بجنبه الأغنياء المترفين، وقد قيل قديما: إن صوت المعدة لا تنكر قوته (٢) .

وفي نطاق السياسة كان للديون آثارها الكبيرة في تبرير المستعمر احتلاله لبعض البلدان، أو كان من خلالها يعبر نحوها عبر شركاتها الاحتكارية، فقد كانت الشركات الشرقية البريطانية هي التي مهدت لاحتلالها الهند ، كما أن للديون المتراكمة على الخلافة العثمانية آثارا خطيرة في إسقاطها (٣) ، ولا تزال كثرة الديون وتراكمها على بعض الدول الإسلامية لها آثارها الخطيرة على قراراتها السياسية، حيث غلت يداها عما تريده حقا.

ثالثا – أسباب الديون وتفاقمها:

توجد للديون أسباب مباشرة، وغير مباشرة، فالأولى هي ما يسميه الفقه الإسلامي بالسبب الشرعي، حيث سمى العقد مثلا سببا لترتب آثاره، ويسميه الفقه الوضعي بمصادر الالتزام، والثانية هي التي تكون وراء العقد، أو الضمان ، فمثلا إن السبب غير المباشر للقرض هو الحاجة إلى المال التي تدفع صاحبها إلى الاستقراض وهكذا.

إذا فالأسباب المباشرة للديون هي:

١- العقود التي تترتب عليها التزامات مالية في ذمة الإنسان ، وهي تشمل عقد البيع ، و القرض ، و النكاح ، وغيرها ؛ ولا شك أن القرض هو أهم أسباب الديون.

٢- التصرف الانفرادي كالنذر ونحوه.

٣- الضمان حيث هو سبب لثبوت ما ضمن به من المتلفات، والديات في ذمة المتلف.

٤- تحمل الحمالة والالتزامات عن الناس.

٥- القرابة والمصاهرة حيث جعلهما الشرع سببين لثبوت النفقة على تفصيل فيها.

وأسباب الديون غير المباشرة (٤) .

إذا كانت تلك الأمور السابقة أسبابا مباشرة للديون فإن وراء هذه الأسباب أسبابا أخرى غير مباشرة، فإذا كان القرض هو السبب الشرعي للدين ومصدره، فإن الحاجة هي السبب للاستقراض، وكذلك الأمر بالنسبة للضمان، فالإتلاف هو **السبب للضمان** الذي يترتب عليه دين في الذمة وهكذا.

فلما كان السبب الرئيسي في الديون هو القرض، فإن الحاجة هي السبب الرئيسي له، ولذلك سنلقي بصيصا من الضوء على الحاجة وأسبابها.

فحاجة الفرد إلى النقود أو الأعيان لأي غرض من الأغراض تدفعه إلى الاستقراض أو تجعله غير قادر على

أداء ما عليه، بحيث لا يتوفر عنده مال أو عنده ولكنه لا يكفي لتلبية متطلباته المشروعة أو غير المشروعة، فقد يكون الشخص له مال ولكنه لجشعه يستدين ليأكل أموال الناس بالباطل، وهذا الصنف الأخير لا يمثل الشريحة العريضة للمجتمع.

إذن فالسبب الغالب هو الحاجة إلى المال، ويعود سببها بإيجاز إلى الأمور الآتية:

١- الكسل حتى تأكل نفقاته أمواله فيحتاج إلى الاستدانة.

٢- عدم الاكتساب، أو يكتسب لكنه بشكل لا يفي بحاجاته أو متطلباته وذلك بأن يعمل في نطاق عمل لا يستطيع الإجادة فيه فيخسر أو لا يربح، وبعبارة أخرى لا يشتغل بعمل يناسب طاقاته الخاصة ومهاراته البدنية أو الفكرية أو لا يقوم بالتثمير والاستثمار في أمواله، أو يقوم به ولكن مع عدم وضع خطة دقيقة وإسناد الأمر إلى غير أهله لا ينجح المشروع.

---

(١) صحيح البخاري –كتاب الاستقراض: ٥ / ٥٤ ؛ ومسلم –كتاب المساجد: ١ / ١٢ ؛ والسنن الكبرى للبيهقي: ٥ / ٣٥٦.

(٢) الأستاذ الدكتور يوسف القرضاوي، مشكلة الفقر وكيف عالجها الإسلام، ص ٤.

(٣) مذكرات السلطان عبد الحميد، ترجمة وتعليق د. محمد حرب – دار الهلال، ص ٣٣.

(٤) يراجع: بدائع الصنائع: ٥ / ٢١٩٦ – ٢٢٤٨ ؛ وحاشية الدسوقي على الشرح الكبير: ٢ / ٥٠٨ ؛ والروضة: ٩ /٤٠ ؛ والكافي: ٣ / ٣٥٤.." (١)

"معيار التغير الفاحش أو الانهيار :

قبل أن نذكر هذا المعيار ، نرى فقهاءنا الكرام قد وضعوا عدة معايير لمقدار الغبن الفاحش الذي يعطي الخيار في الفسخ عندما يقع في البيع ونحوه .

يقول القاضي ابن العربي ، والقرطبي وغيرهما : "استدل علماؤنا بقوله تعالى : ﴿ ذلك يوم التغابن ﴾ [التغابن : ٩] على أنه لا يجوز الغبن في معاملة الدنيا ؛ لأن الله تعالى خصص التغابن بيوم القيامة ، وهذا الاختصاص يفيد أنه لا غبن في الدنيا ، حيث أفتيا برعاية القيمة في مسألة السكة يوم القرض " (١) .

بل إن كثيرا من العلماء ذهبوا إلى اعتبار القيمة يوم العقد ، ونشأة سبب الضمان في مسائل كثيرة ، فقد ذكر لنا ابن نجيم منها المقبوض على يوم الشراء ، فالاعتبار لقيمته يوم القبض أو التلف ، ومنها المغصوب

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المؤلف غير معروف ٢/٢١١٠٢

القيمي إذا هلك ، فالمعتبر قيمته يوم غصبه اتفاقا ، وكذلك المغصوب المثلي إذا انقطع عند أبي يوسف ، ومنها المقبوض بعقد فاسد تعتبر قيمته يوم القبض ؛ لأنه بدها دخل في ضمانه ، ومنها العبد المجني عليه ، تعتبر قيمته يوم الجناية ، ومنها : ما لو أخذ من الأرز والعدس ونحوها ، وكان قد دفع إليه دينارا مثلا ، لينفق عليه ، ثم اختصما بعد ذلك في قيمة المأخوذ ، قال في اليتيمة : تعتبر قيمته يوم الأخذ (٢) .

وذكر السيوطي أمثلة كثيرة جدا ، روعيت فيها القيمة يوم القبض ، منها مسألة ماء التيمم ، في موضع عز فيه الماء ، حيث تراعى قيمته في ذلك الموضع في تلك الحالة على الصحيح عند جمهور الأصحاب ، وكذلك الطعام والشراب حالة المخمصة ، ومنها مسألة المبيع إذا تخالفا وفسخ وكان تالفا ، يرجع إلى قيمته يوم التلف على رأي ؛ لأنه مورد الفسخ ، ويوم القبض على رأي آخر ؛ لأنه وقت دخول المبيع في ضمانه ، وما يعرض بعد ذلك من زيادة أو نقصان فهو ملكه ، ومنها المستعار إذا تلف تعتبر قيمته يوم القبض على وجه ، وكذلك المقبوض على جهة السوء ، إذا تلف (٣) .

---

(١) المعيار المعرب : ٦ / ٤٦١ – ٤٦٢ .

(٢) الأشباه والنظائر لابن نجيم ، ص ٣٦٢ – ٣٦٤ .

(٣) الأشباه والنظائر للسيوطي ، ص ٣٦٨ – ٣٧٧ .." (١)

"ومع ذلك فقد أفرد الإمام الجليل الفقيه محمد بن محمود بن الحسين الأستروشني (١) الحنفي المتوفى بعد عام (٦٥٢هـ) (٢) كتابا سماه (جامع أحكام الصغار) شمل أحكام الطهارات والعبادات والأحوال الشخصية وتوابعها ، والحدود الشرعية والجنايات ، والعقود ، والسير ، واللقيط ، والغصب والضمان ، والدعوى والشهادات والإقرار ، والمحاضر وأدب القاضي ، والنسب والإكراه ، والجنين ، والذبائح والأضحية ، والوقف ، والوصايا ، والفرائض (المواريث) .

وذلك من أجل معرفة أحكام شرع الله المتعلقة بأفعال غير المكلين ، من قبيل الحكم الوضعي ، الضابطة لتصرفاتهم المنظمة لسلوكهم ، المبينة للأحكام التي تترتب على أقوالهم وأفعالهم ، والشارحة لعقوبات الجنايات التي قد تترتب على بعض تصرفاتهم ، هذا بالإضافة إلى بيان علاقة الصغار بالأولياء والأوصياء والقضاة ، وذلك لتنشئة الأبناء والبنات تنشئة إسلامية رشيدة ، قائمة على محبة طاعة الله ، وكراهية معاصيه .

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المؤلف غير معروف ٢/٢٣٧٤٢

كما أن علماء أصول الفقه بحثوا في "الحكم الشرعي" موضوع الأهلية وأقسامها ، وأحكام مراحل الإنسان أو أدوار الأهلية وعوارضها ، وفيها تبيان أحكام الجنين (مرحلة الاجتنان) ، ثم أحكام مرحلة الطفولة والبلوغ والرشد ، وأحكام الصغر باعتباره أحد عوارض الأهلية الطبيعية أو السماوية ، وتصرفات الصغير المدنية والجنائية .

ويخصص الفقهاء عادة أيضا بابا خاصا في كتب الأشباه والنظائر لأحكام الصبيان المختلفة ، وفيها بيان شاف لتلك الأحكام ، ويذكر العلامة القرافي في كتابه (الفروق) في الفرق السادس والعشرين بين قاعدة خطاب التكليف وقاعدة خطاب الوضع ، مسألة تتعلق بالصبي في غاية الأهمية : وهي أن الصبي إذا أفسد مالا لغيره ، وجب على وليه إخراج الجابر من مال الصبي ، فالإتلاف **سبب للضمان** ، ومن خطاب الوضع (٣) ، فإذا بلغ الصبي ولم تكن القيمة أخذت من ماله ، وجب عليه إخراجها من ماله بعد بلوغه ، فقد تقدم السبب في زمن الصغر ، وتأخر أثره إلى ما بعد البلوغ (٤) .

---

(١) نسبة إلى قرية أستروشنه شرق سمرقند ، وولادته سنة ٦٢٢هـ .

(٢) وهو العام الذي انتهى فيه من تأليف هذا الكتاب .

(٣) الحكم الوضعي : هو خطاب الله تعالى الوارد بجعل الشيء سببا أو شرطا أو مانعا أو صحيحا أو فاسدا أو عزيمة أو رخصة .

(٤) الفروق : ١ / ١٦١ ، وما بعدها ، ص ١٦٤ .." [(١)]

"ونفيدكم أنه اتضح لنا من دراسة جميع أوراق المعاملة أن البلدية مدانة ، فيلزم أن ترد على عبد العزيز الشاعر "مثل سمنه " لتسرعها في المسألة ، ولعدم الكشف على السمن في محل مالكه ، ولعدم ردها السمن إليه ، فإنه لا يجوز لها الإقدام على مثل هذا إلا عن تثبت ، وإذا صدر منها ذلك عن تثبت فإنه ينبغي أن تكشف على السمن في محله ، ولما لم تفعل ذلك وأقدمت على نقله قبل أن تكشف عليه وتتحقق غشه . فعليها بعدما كشفت عليه وتحققت سلامته أن ترده إلى صاحبه ،ومن الدليل على ذلك عموم قوله تعالى : ﴿ ياأيها الذين آمنوا إن جاءكم فاسق بنبإ فتبينوا أن تصيبوا قوما بجهالة فتصبحوا على ما فعلتم نادمين ﴾ (١) وعموم قوله صلى الله عليه وسلم :" على اليد ما أخذت حتى تؤديه"(٢) ولعموم قوله صلى الله عليه وسلم " إن دماءكم وأموالكم وأعراضكم عليكم حرام"(٣) إلى آخره ، فإنه مع غيره من

---

(١) مجلة مجمع الفقه الإسلامي، المؤلف غير معروف ٢/٢٣٩٥٢

الأدلة تدل على أن الأصل في مال المسلم يتلفه متلف أو يفسده مفسد بمباشرة أو سبب الضمان : حتى يدل دليل خاص في قضية من القضايا على عدم الضمان ، ولا دليل هنا والله يحفظكم (ص . ف ٧٠٦ في ١٣٧٦/٩/١٥هـ) .

(١٩٧٥ . حكم الأموال المنهوبة إذا عرف أصحابها)

من محمد بن إبراهيم إلى معالي وزير الدولة لشئون رئاسة مجلس الوزراء حفظه الله

السلام عليكم ورحمة الله وبركاته وبعد :

فقد جرى الاطلاع على المعاملة المحالة إلينا رفق خطاب رئاسة مجلس الوزراء برقم ١٤٨٤٥ وتاريخ ١٣٨٠/٦/٢٩ هـ حول البئر التي يدعيها وكالة عبد الرحمن عطا الشايع من فهاد الطلاسي الذي ورثها عن والده الذي ثبت تملكه لها ونهبت منه إثر المعارك التي حصلت بين ابن رشيد وابن شعلان ، وتوقف قاضي الجوف عن البت فيها لما يعرفه من أن أمثال هذه القضية من المنهوبات في هذه النواحي كثيرة إلى آخر ما قاله :." (١)

"كتاب الرهن

يجوز رهن ما يملكه الراهن في دين عليه الرهن جائز بالإجماع وقد نطق به الكتاب العزيز وتقييده بالسفر خرج مخرج الغالب كما ذهب إليه الجمهور وقال مجاهد والضحاك والظاهرية : لا يشرع إلا في السفر وقد رهن النبي صلي الله عليه وسلم درعا له عند يهودي بالمدينة وأخذ منه شعيرا لأهله كما أخرجه البخاري وغيره من حديث أنس وهو في الصحيحين من حديث عائشة وأخرجه أحمد والترمذي والنسائي وابن ماجه من حديث ابن عباس وصححه الترمذي وصاحب الاقتراح وفي ذلك دليل على مشروعية الرهن في الحضر كما قال الجمهور

والظهر يركب واللبن يشرب بنفقة المرهون لما أخرجه البخاري وغيره من حديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه و سلم أنه كان يقول : [الظهر يركب بنفقته إذا كان مرهونا ولبن الدر يشرب بنفقته إذا كان مرهونا وعلى الذي يركب ويشرب النفقة] وللحديث ألفاظ والمراد أن المرتهن ينتفع بالرهن وينفق عليه وقد ذهب أحمد وإسحق والليث والحسن وغيرهم قال ابن القيم : وأخذ أحمد وغيره من أئمة الحديث بهذه الفتوى وهو الصواب وقال الشافعي وأبو حنيفة ومالك وجمهور العلماء : لا ينتفع المرتهن من الرهن بشئ بل الفوائد للراهن والمؤمن عليه قالوا : والحديث ورد على خلاف القياس ويجاب بأن هذا القياس فاسد

---

(١) فتاوى ورسائل محمد بن إبراهيم آل الشيخ، المؤلف غير معروف ٩٧/٨

الاعتبار مبني على شفا جرف هار ولايصح الاحتجاج به لما ورد من النهي عن أن تحلب ماشية الرجل بغير إذنه كما في البخاري وغيره لأن العام لايرد به الخاص بل يبنى عليه وقال ابن القيم في أعلام الموقعين وهذا الحكم من أحسن الأحكام وأعدلها ولا يصلح للراهنين غيره وما عداه ففساده ظاهر فإن الراهن قد يغيب ويتعذر على المرتهن مطالبته بالنفقة التي تحفظ الرهن ويشق عليه أو يتعذر رفعه إلى الحاكم وإثبات الرهن وإثبات غيبة الراهن وإثبات أن قدر النفقة عليه قدر حلبه وركوبه وطلبه منه الحكم له بذلك في هذا من العسر والحرج والمشقة ما ينافي الحنيفية السمحة فشرع الشارع الحكم القيم بمصالح العباد وللمرتهن أن يشرب لبن الرهن ويركب ظهره وعليه نفقته وهذا محض القياس لو لم تأت به السنة الصحيحة انتهى ثم أطال في تخريج هذا القياس إلى مالا يسعه هذا القرطاس

ولا يغلق الرهن بما فيه لحديث أبي هريرة عن النبي صلى الله عليه و سلم قال : [لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه] أخرجه الشافعي والدارقطني والحاكم والبيهقي وابن حبان في صحيحه وحسن والدارقطني إسناده وقال الحافظ ابن حجز : في بلوغ المرام أن رجاله ثقات إلا أن المحفوظ عند أبي داود وغيره إرساله وأخرجه ابن ماجه من طريق أخرى والرفع زيادة وقد خرجت من مخرج مقبول والمراد بالغلاق هنا إستحقاق المرتهن له حيث لم يفكه الراهن في الوقت المشروط وروى عبد الرزاق عن معمر أنه فسر غلاق الرهن بما إذا قال الرجل إن لم آتك بمالك فالرهن لك قال : ثمن بلغني عنه أنه قال : إن هلك لم يذهب حق هذا إنما هلك من رب الرهن له غنمه وعليه غرمه وقد روي أن المرتهن في الجاهلية كان يتملك الرهن إذا لم يؤد الراهن إليه ما يستحقه في الوقت المضروب فأبطله الشارع والغنم والغرم هنا هو أعم مما تقدم من أن الظهر يركب بنفقة المرهون واللبن يشرب قال في الحجة البالغة : ومبنى الرهن على الإستيثاق وهو بالقبض فلذلك إشترط فيه ولا اختلاف عندي بين حديث [لا يغلق الرهن] وحديث [الظهر يركب] إلخ لأن الأول هو الوظيفة لكن إذا إمتنع الراهن من النفقة عليه وخيف الهلاك وأحياه المرتهن فعند ذلك ينتفع به بقدر ما يراه الناس عدلا انتهى قلت : وعليه أهل العلم قال محمد : وبهذا نأخذ وتفسير قوله : [لا يغلق الرهن] أن الرجل كان يرهن الرهن أي المرهون عند الرجل فيقول : إن جئتك بمالك إلى كذا وكذار وإلا فالرهن لك بمالك قال رسول الله صلى الله عليه و سلم [لا يغلق الرهن ولا يكون للمرتهن بماله] وكذلك نقول : وهو قول أبي حنيفة وكذلك فسره مالك بن أنس وفي شرح السنة : معناه لا يستغلق بحيث لا يعود إلى الراهن بل متى أدى الحق المرهون به افتك وعاد إلى الراهن وروى الشافعي هذا الحديث مع زيادة ولفظه [لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه]

قال الشافعي : غنمه زيادته وغرمه هلاكه وفيه دليل على أنه إذا هلك في يد المرتهن يكون من ضمان الراهن ولا يسقط بهلاكه شئ من حق المرتهن وعليه الشافعي وقال أبو حنيفة : قيمته إن كانت قدر الحق يسقط بهلاكه الحق وإن كانت أقل من الحق يسقط بقدره وإن كان أكثر من الحق يسقط الحق وعند الشافعي : دوام القبض ليس بشرط في الرهن فيستعمل الدابة المرهونة بالنهار وترد إلى المرتهن بالليل ولا يسافر عليها ولم يجوزه أبو حنيفة

أقول : الحق أن الرهن إذا تلف في يد المرتهن بدون جنايته ولا تفريطه فهو غير مضمون عليه وإن كان بجنايته أو تفريطه ضمنه للجناية عليه أو التفريط لا لكونه مستحقا حبسه فإن الحبس للرهن بمجرده ليس بسبب للضمان والمدارك الشرعية واضحة المنار * ." (١)

" من حديث أبي لبابة عند أحمد وأبي داود

وأما ما ذكره من اشتراط كونه مملوكا أو سببه فصحيح لا يحتاج إلى ذكر وجهه وهكذا إذا نذر بما يرثه من مورثه فإنه صحيح لأنه قيد النذر بوصول ذلك إلى ملكه ولم ينذر بما لم يملك حتى يكون النذر بما لا يملك العبد الذي ورد النهي عنه

وهكذا اشتراط بقاء العين المنذور بها إلى حضور الوقت أو حصول الشرط الذي قيد النذر به فإنه لا بد من ذلك ومع التلف لا يلزمه شيء

وأما ما ذكره من أنها لا تدخل فروعها المتصلة الحادثة قبل الحنث فالظاهر في مثل هذا أنه يرجع إلى قصد الناذر فإن قصد النذر بالعين مجردة عن فروعها الحادثة لم تدخل الفروع وإن قصد أنها من جملة النذر دخلت وإن كان لا قصد له فالظاهر أن فروع العين المنذور بها لاحقة بها

قوله وتضمن العين بعده ضمان أمانة قبضت لا بإختيار المالك

أقول لا ضمان عليه في هذا إلا لجناية أو تفريط ولا يضمن بغير ذلك ولا وجه لذلك لا من رواية ولا من رأي صحيح فإن المنذور به هو قبل النذر ملك الناذر فمع الجناية أو التفريط قد تسبب للضمان ووجب عليه العوض ومع التلف بغير هذين السببين لا سبب لتضمينه أصلا

وأما ما ذكره من كونها لا تجزيء القيمة فذلك ظاهر لأن النذر تعلق بالعين فلا وفاء إلا بإخراجها فالعدول إلى قيمتها لا يجزيء عنها إلا بدليل

---

(١) الروضة الندية، المؤلف غير معروف ٢/١٤٠

وما ذكره من كون الناذر إذا عين مصرفا تعين فوجهه ظاهر لأن له أن يصرف ما ." (١)

" الولد والمدبر على نمط واحد لأن كل واحد منهم قد تعلق بسبب يقتضي خروجه من الرق بعد أن يحصل ما يقتضي التنجيز في الجميع وهو موت السيد في المدبر وتنجيز عتق أم الولد من سيدها أو موته ووفاء المكاتب لما كوتب عليه مع أنه قن ما بقي عليه درهم كما تقدم فلا وجه للفرق بين هؤلاء الثلاثة بلا رواية ولا دراية وما ذكره من أنها إذا اتفقت قدم أرش الجناية فلا وجه لهذا التأثير إلا ما يظن أنه بالجناية تسبب للضمان ولكنه قد تسبب بالمكاتبة عن نفسه لضمان مال الكتابة وقد تقدم أنه يرده في الرق اختياره وعجزه عن الوفاء بمال الكتابة

وأما قوله فإن أعسر بيع لها فينبغي أن يقال إنه يقدم استسعاؤه لئلا يفوت حق مالكه الذي كاتبه ومهما أمكن الوفاء بالحقين فهو الواجب

وأما قوله والوقف يقتص منه ويتأرش من كسبه وأمر الجناية عليه إلى مصرفه فهو صواب وقد اضطرب كلام المصنف في هذا الفصل فاشدد يديك على ما ذكرناه

فصل

والعبد بالعبد وأطرافهما ولو تفاضلا أو لمالك واحد لا والد بولده ويهدر مالا قصاص فيه على مالكه وغاصبه

قوله فصل والعبد بالعبد إلخ

أقول هكذا حكم الله سبحانه في كتابه العزيز وللأطراف التي يجب فيها القصاص ." (٢)

"قال: "نعم"، وفي لفظ لأبي داود "٣٣١٩"،أنه قال له: "يجزيء عنك الثلث" وهكذا ما روي من حديث أبي لبابة عند أحمد "٤٥٢/٣، ٤٥٣"، وأبي داود "٣٣٢٠".

وأما ما ذكره من اشتراط كونه مملوكا أو سببه فصحيح لا يحتاج إلى ذكر وجهه وهكذا إذا نذر بما يرثه من مورثه فإنه صحيح لأنه قيد النذر بوصول ذلك إلى ملكه ولم ينذر بما لم يملك حتى يكون النذر بما لا يملك العبد الذي ورد النهي عنه.

وهكذا اشتراط بقاء العين المنذور بها إلى حضور الوقت أو حصول الشرط الذي قيد النذر به فإنه لا بد من ذلك ومع التلف لا يلزمه شيء.

---

(١) السيل الجرار، المؤلف غير معروف ٣٩/٤

(٢) السيل الجرار، المؤلف غير معروف ٤٣٢/٤

وأما ما ذكره من أنها لا تدخل فروعها المتصلة الحادثة قبل الحنث فالظاهر في مثل هذا أنه يرجع إلى قصد الناذر فإن قصد النذر بالعين مجردة عن فروعها الحادثة لم تدخل الفروع وإن قصد أنها من جملة النذر دخلت وإن كان لا قصد له فالظاهر أن فروع العين المنذور بها لاحقة بها،

قوله: "وتضمن العين بعده ضمان أمانة قبضت لا بإختيار المالك".

أقول : لا ضمان عليه في هذا إلا لجناية أو تفريط ولا يضمن بغير ذلك ولا وجه لذلك لا من رواية ولا من رأي صحيح فإن المنذور به هو قبل النذر ملك الناذر فمع الجناية أو التفريط قد **تسبب للضمان** ووجب عليه العوض ومع التلف بغير هذين السببين لا سبب لتضمينه أصلا.

وأما ما ذكره من كونها لا تجزيء القيمة فذلك ظاهر لأن النذر تعلق بالعين فلا وفاء إلا بإخراجها فالعدول إلى قيمتها لا يجزيء عنها إلا بدليل.

وما ذكره من كون الناذر إذا عين مصرفا تعين فوجهه ظاهر لأن له أن يصرف ما يقرب به إلى من شاء وكيف شاء مع وجود مطلق القربة وإن كان غيرها أعلى منها.

وأما كونه لا يعتبر القبول بل يكفي عدم الرد فعدم الرد قبول تام وقد عرفناك غير مرة أن اعتبار الألفاظ إما مجرد جمود أو قصور عن إدراك حقائق الأمور.

قوله: "والفقراء لغير ولده ومنفقه".

أقول : المعتمد في مثل هذا العرف الشائع بين القوم الذين منهم الناذر فإن ثبت هذا العرف فهو المقدم على لغة العرب وغيرها لأن الناذر لا يقصد بكلامه إلا عرف أهل جهته فإن عرف من قصده أنه أراد المعنى اللغوي والشرعي وجب العمل بذلك وإن لم يقصد ولا وجد كان الظاهر دخول ولده ومنفقه في عموم الفقراء لأنهما من جملتهم ولا مانع من ذلك لا من شرع ولا عقل وأما دخول الناذر نفسه فعلى الخلاف في دخول المخاطب في خطاب نفسه.

وهكذا الكلام في النذر على المسجد من غير تعيين فإن المعتبر ما يطلق عليه هذا الإسم في عرف الناذر وأهل بلده فإن لم يكن عرف رجع إلى مقصده فإن لم يكن له قصد فالظاهر أن مراده المسجد الذي يصلي فيه وإن كانت مساجد البلد كثيرة فصلاته في أحدها فيها وجه." (١)

"وأما قوله: "ولا يقتص من المكاتب إلا حر أو مثله فصاعدا" فصواب أما الحر فظاهر وأما المكاتب المماثل له أو الذي قد سلم من كتابته زيادة على ما سلمه الجاني فلعدم المزية للجاني على المجني عليه.

---

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار – الرقمية، المؤلف غير معروف ص/٦٩٩

وأما كونه يتأرش من كسبه فهو الصواب وكان عليه أن يجري في المكاتب وأم الولد والمدبر على نمط واحد لأن كل واحد منهم قد تعلق بسبب يقتضي خروجه من الرق بعد أن يحصل ما يقتضي التنجيز في الجميع وهو موت السيد في المدبر وتنجيز عتق أم الولد من سيدها أو موته ووفاء المكاتب لما كوتب عليه مع أنه قن ما بقي عليه درهم كما تقدم فلا وجه للفرق بين هؤلاء الثلاثة بلا رواية ولا دراية وما ذكره من أنها إذا اتفقت قدم أرش الجناية فلا وجه لهذا التأثير إلا ما يظن أنه بالجناية **تسبب للضمان** ولكنه قد تسبب بالمكاتبة عن نفسه لضمان مال الكتابة وقد تقدم أنه يرده في الرق اختياره وعجزه عن الوفاء بمال الكتابة.

وأما قوله: "فإن أعسر بيع لها" فينبغي أن يقال إنه يقدم استسعاؤه لئلا يفوت حق مالكه الذي كاتبه ومهما أمكن الوفاء بالحقين فهو الواجب.

وأما قوله: "والوقف يقتص منه ويتأرش من كسبه وأمر الجناية عليه إلى مصرفه" فهو صواب وقد اضطرب كلام المصنف في هذا الفصل فاشدد يديك على ما ذكرناه.

[فصل

والعبد بالعبد وأطرافهما ولو تفاضلا أو لمالك واحد لا والد بولده ويهدر مالا قصاص فيه على مالكه وغاصبه].

قوله: "فصل والعبد بالعبد" الخ.

أقول : هكذا حكم الله سبحانه في كتابه العزيز وللأطراف التي يجب فيها القصاص حكم النفس إما بشمول الآية لها أو بالقياس على النفس وهكذا قوله لا والد بولده وأما كونه يهدر مالا قصاص فيه على مالكه فلكون العبد من جملة ماله وكون أرش جنايته على سيده كما قدمنا فلا يثبت للسيد على نفسه دين وأما قوله: "وغاصبه" فهذا هو الصواب لما قدمنا على قول المصنف: "وجناية المغصوب على الغاصب".." (١)

"وأن الجزية تسقط بالإسلام، أما الخراج فلا يسقط بالإسلام، ويبقى مع الإسلام والكفر.

أما الخراج المقصود في حديث (الخراج بالضمان) فهو: ما حصل من غلة العين المبيعة كائنة ما كانت، وذلك كأن يشتري الشخص شيئا فيستغله مدة، ثم يطلع فيه على عيب قديم فله رد العين وأخذ الثمن الذي دفعه، وما استغله فهو له، لأن المبيع لو تلف في يده في تلك المدة لكان من ضمانه، ولم يكن على البائع شيء، فالخراج مستحق **بسبب الضمان**.

---

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار – الرقمية، المؤلف غير معروف ص/٨٩٩

المراجع التي ذكر فيها التعريف:

المغرب ٩٤٢/١، التوقيف ص ٢١٣، الزاهر ص ٨٠٢، ٢٢٢، المطلع ص ٨١٢، ٧٣٢، تحرير ألفاظ التنبيه ص ٣٢٢، التعريفات الفقهية ص ٥٧٢، الأحكام السلطانية لأبي يعلى ص ٣٥١، وللماوردي ص ٢٤١

(٧٧/١)

خسارة

الخسارة في اللغة تعني النقص فيما شأنه النماء، وهي ضد الربح. وقال الراغب: هي بانتقاص رأس المال، وعلى ذلك يقال: خسر فلان في تجارته خسارة وخسرا وخسرانا، أي نقص رأس ماله.

وتنسب الخسارة للإنسان فيقال: خسر فلان، وللفعل، فيقال: خسرت تجارته، ولا يخرج الاستعمال الفقهي للكلمة عن معناها في اللغة.

(٧٨/١)

خلط

الخلط في اللغة: الجمع بين أجزاء شيئين فأكثر، مائعين أو جامدين أو متخالفين، يقال: خلط الشيء بغيره، إذا مزجه به.

والخلط أعم من أن يكون بين المائعات ونحوها مما لا يمكن تمييزه أو غيرها مما يمكن تمييزه بعد الخلط، ولا يخرج الاستعمال الفقهي للكلمة عن مدلولها اللغوي.." (١)

"والتعزير بالمال سائغ إتلافا وأخذا، وهو جار على أصل أحمد، لأنه لم يختلف أصحابهأن العقوبات في المال غير منسوخة. وقول الشيخ أبي محمد المقدسي: ولا يجوز أخذ ماله وهو المعزر، فإشارة منه إلى ما يفعله الولاة الظلمة.

والتعزير يكون على فعل المحرمات، وترك الواجبات؛ فمن جنس ترك الواجبات: من كتم ما يجب بيانه، كالبائع المدلس، والمؤجر، والناكح، وغيرهم من المعاملين، وكذا الشاهد، والمخبر، والمفتي، والحاكم، ونحوهم، فإن كتمان الحق شبيه بالكذب، وينبغي أن يكون سببا للضمان، كما أن الكذب **سبب للضمان**،

---

(١) الفتاوى الاقتصادية، المؤلف غير معروف ٥٧/٤

فإن ترك الواجبات عندنا في الضمان، كفعل المحرمات؛ حتى قلنا فيمن قدر على إنجاء شخص، بإطعام أو سقي، فلم يفعل فمات ضمنه. وعلى هذا، فلو كتم شهادة أبطل بها حق مسلم، ضمنه.

ومن هذا الباب: لو كان في القرية أو المحل أو البلدة، رجل ظالم، فسأل الوالي الغريم عن مكانه، ليأخذ منه الحق، فإنه يجب دلالته، بخلاف ما لو كان قصده أكثر من الحق. فعلى هذا، إذا كتموا ذلك حتى تلف الحق، ضمنوه، ويملك السلطان تعزير من ثبت عنده أنه كتم الخبر الواجب، كما يملك تعزير المقر إقرارا مجهولا حتى." (١)

"وفيما يلي نقول من بعض كتب الفقهاء في حكم حوادث المواصلات وآلات النقل في زمنهم يتضح منها حكم وسائل النقل في زمننا :

جاء في [تكملة فتح القدير على الهداية] (١) : (وإذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر) .

وقال زفر والشافعي : يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر ، لما روي في ذلك عن علي رضي الله عنه ، ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه ؛ لأنه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه ، كما إذا كان الاصطدام عمدا أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة ، أو حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا . ولنا أن الموت يضاف إلى فعل صاحبه ؛ لأن فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق ، فلا يصلح مستندا للإضافة في حق الضمان كالماشي إذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه ، وفعل صاحبه وإن كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره **سبب للضمان** ؛ كالنائم إذا انقلب على غيره .

وروي عن علي رضي الله عنه أنه أوجب على كل واحد منهما كل الدية ، فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا . وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق . اهـ .

وقال الكاساني (٢) : إذا اصطدم فارسان فماتا فدية كل واحد منهما على

---

(١) [تكملة فتح القدير] (٨ \ ٣٤٨) .

(٢) [بدائع الصنائع] (٧ \ ٢٧٣) .." (٢)

---

(١) الدرر السنية في الأجوبة النجدية – الرقمية، المؤلف غير معروف ٤٤٩/٧

(٢) أبحاث هيئة كبار العلماء، المؤلف غير معروف ٤٧١/٥

"النفحة بمرأى عين السائق فيمكنه الاحتراز عنه وغائب عن بصر القائد فلا يمكنه الاحتراز عنه .

وقال بعض المشايخ : إن السائق لا يضمن النفحة أيضا وإن كان يراها ، إذ ليس على رجلها ما يمنعها به فلا يمكنه التحرز عنه بخلاف الكدم لإمكانه كبحها بلجامها ، وبهذا ينطق أكثر النسخ وهو الأصح .

وقال الشافعي : يضمنون النفحة كلهم ، لأن فعلها مضاف إليهم ، والحجة عليه ما ذكرناه ، وقوله عليه الصلاة والسلام : « الرجل جبار » (١) ، ومعناه النفحة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره ، وهذا تخويف بالضرب (قال : وفي [الجامع الصغير] : وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد) ؛ لأنهما مسببان بمباشرتها شرط التلف وهو تقريبها إلى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب (إلا أن على الراكب الكفارة فيما أوطأته بيدها أو برجلها (ولا كفارة عليهما) ولا على الراكب فيما وراء الإيطاء ، لأن الراكب مباشر فيه ؛ لأن التلف بثقله وثقل الدابة تبع له ؛ لأن سير الدابة مضاف إليه وهي آلة له ، وهما مسببان ؛ لأنه لا يتصل منهما إلى المحل شيء ، وكذا الراكب في غير الإيطاء ، والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبب ، وكذا يتعلق بالإيطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوضعية دون السائق والقائد ؛ لأنه يختص بالمباشرة (ولو كان راكب وسائق قيل : لا يضمن السائق ما أوطأت الدابة) ؛ لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرناه والسائق مسبب والإضافة إلى المباشر أولى ، وقيل : الضمان عليهما ؛ لأن كل ذلك سبب الضمان .

---

(١) سنن أبو داود الديات (٤٥٩٢).." (١)

"ثم قال (١) (ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن ، وكذا على هذا سائر أدواته كاللجام ونحوه ، وكذا ما يحمل عليها) ؛ لأنه متعد في هذا التسبب ؛ لأن الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد أو الإحكام بخلاف الرداء ؛ لأنه لا يشد في العادة ، ولأنه قاصد لحفظ هذه الأشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل فيقيد بشرط السلامة .

قال : (ومن قاد قطارا فهو ضامن لما أوطأ فإن وطئ بعير إنسانا ضمن به القائد والدية على العاقلة) ؛ لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك ، وقد صار متعديا بالتقصير فيه والتسبب بوصف التعدي سبب للضمان إلا أن ضمان النفس على العاقلة فيه ، وضمان المال في ماله (وإن كان معه سائق فالضمان عليهما) ؛ لأن قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الأزمة ، وهذا إذا كان السائق في

---

(١) أبحاث هيئة كبار العلماء، المؤلف غير معروف ٥/٥٠٤

جانب من الإبل ، أما إذا كان توسطها وأخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ، ويضمنان ما تلف بما بين يديه ؛ لأن القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه ، ثم قال : (ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل أو نخسها فنفحت رجلا أو ضربته بيدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب) هو المروي عن عمر وابن مسعود - رضي الله عنهما - ولأن الراكب والمركوب مدفوعان بدفع الناخس فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده ، ولأن الناخس متعد في تسبيبه والراكب في فعله غير متعد

---

(١) [التكملة] (٨\٣٤٩-٣٥٤) .." [(١)]

"وقال زفر والشافعي : يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر ، لما روي في ذلك عن علي رضي الله عنه ، ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه ؛ لأنه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه ، كما إذا كان الاصطدام عمدا أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة ، أو حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا . ولنا أن الموت يضاف إلى فعل صاحبه ؛ لأن فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق ، فلا يصلح مستندا للإضافة في حق الضمان كالماشي إذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لا يهدر شيء من دمه ، وفعل صاحبه وإن كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان ؛ كالنائم إذا انقلب على غيره .

وروي عن علي رضي الله عنه أنه أوجب على كل واحد منهما كل الدية ، فتعارضت روايتاه فرجحنا بما ذكرنا . وفيما ذكر من المسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق . اهـ .

وقال الكاساني [بدائع الصنائع] (٧ / ٢٧٣) . : إذا اصطدم فارسان فماتا فدية كل واحد منهما على

(الجزء رقم : ٥، الصفحة رقم: ٤٧٢)

عاقلة الآخر في قول أصحابنا الثلاثة رحمهم الله ، وعند زفر رحمه الله على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر ، وهو قول الشافعي رحمه الله (وجه) قول زفر أن كل واحد منهما مات بفعلين : فعل نفسه وفعل صاحبه ، وهو صدمة صاحبه وصدمة نفسه ، فيهدر ما حصل بفعل نفسه ويعتبر ما حصل بفعل

---

(١) أبحاث هيئة كبار العلماء، المؤلف غير معروف ٥/٥٠٥

صاحبه ، فيلزم أن يكون على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر ، كما لو جرح نفسه وجرحه أجنبي فمات ، أن على الأجنبي نصف الدية لما قلنا ، كذا هذا .." (١)

"وقال الشافعي : يضمنون النفحة كلهم ، لأن فعلها مضاف إليهم ، والحجة عليه ما ذكرناه ، وقوله عليه الصلاة والسلام : سنن أبو داود الديات (٤٥٩٢). الرجل جبار ، ومعناه النفحة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره ، وهذا تخويف بالضرب (قال : وفي [الجامع الصغير] : وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد) ؛ لأنهما مسببان بمباشرتها شرط التلف وهو تقريبها إلى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب (إلا أن على الراكب الكفارة فيما أوطأته بيدها أو برجلها (ولا كفارة عليهما) ولا على الراكب فيما وراء الإيطاء ، لأن الراكب مباشر فيه ؛ لأن التلف بثقله وثقل الدابة تبع له ؛ لأن سير الدابة مضاف إليه وهي آلة له ، وهما مسببان ؛ لأنه لا يتصل منهما إلى المحل شيء ، وكذا الراكب في غير الإيطاء ، والكفارة حكم المباشرة لا حكم التسبب ، وكذا يتعلق بالإيطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوضعية دون السائق والقائد ؛ لأنه يختص بالمباشرة (ولو كان راكب وسائق قيل : لا يضمن السائق ما أوطأت الدابة) ؛ لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرناه والسائق مسبب والإضافة إلى المباشر أولى ، وقيل : الضمان عليهما ؛ لأن كل ذلك **سبب الضمان** .

(الجزء رقم : ٥، الصفحة رقم: ٥٠٥)

ثم قال [التكملة] (٣٤٩/٨-٣٥٤) . (ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن ، وكذا على هذا سائر أدواته كاللجام ونحوه ، وكذا ما يحمل عليها) ؛ لأنه متعد في هذا التسبب ؛ لأن الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد أو الإحكام بخلاف الرداء ؛ لأنه لا يشد في العادة ، ولأنه قاصد لحفظ هذه الأشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل فيقيد بشرط السلامة .." (٢)

"قال : (ومن قاد قطارا فهو ضامن لما أوطأ فإن وطئ بعير إنسانا ضمن به القائد والدية على العاقلة) ؛ لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك ، وقد صار متعديا بالتقصير فيه والتسبب بوصف التعدي **سبب للضمان** إلا أن ضمان النفس على العاقلة فيه ، وضمان المال في ماله (وإن كان معه سائق فالضمان عليهما) ؛ لأن قائد الواحد قائد للكل وكذا سائقه لاتصال الأزمة ، وهذا إذا كان السائق في جانب من الإبل ، أما إذا كان توسطها وأخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ، ويضمنان ما تلف

---

(١) البحوث العلمية، المؤلف غير معروف ١٧١/٦

(٢) البحوث العلمية، المؤلف غير معروف ٢٠٤/٦

بما بين يديه ؛ لأن القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه ، ثم قال : (ومن سار على دابة في الطريق فضربها رجل أو نخسها فنفحت رجلا أو ضربته بيدها أو نفرت فصدمته فقتلته كان ذلك على الناخس دون الراكب) هو المروي عن عمر وابن مسعود - رضي الله عنهما - ولأن الراكب والمركوب مدفوعان بدفع الناخس فأضيف فعل الدابة إليه كأنه فعله بيده ، ولأن الناخس متعد في تسبيبه والراكب في فعله غير متعد

(الجزء رقم : ٥، الصفحة رقم: ٥٠٦)

فيترجح جانبه في التغريم للتعدي حتى لو كان واقفا دابته على الطريق يكون الضمان على الراكب والناخس نصفين ؛ لأنه متعد في الإيقاف أيضا .

قال : (وإن نفحت الناخس كان دمه هدرا) ؛ لأنه بمنزلة الجاني على نفسه (وإن ألقت الراكب أيضا فقتلته كانت ديته على عاقلة الناخس) ؛ لأنه متعد في تسببه وفيه الدية على العاقلة .." (١)

"وهذا ـ كما بينا ـ هو مجال التقليد والتلفيق. أما غير ذلك فلا يصح الأخذ فيه بالأيسر مثل مسائل العقائد وأصول الإيمان والأخلاق كمعرفة الله تعالى وصفاته وإثبات وجود الله ووحدانيته ودلائل النبوة، ومثل كل ماعلم من الدين بالضرورة ـأي بالبداهة ـ وهو ما أجمع عليه المسلمون ويكفر جاحده أو منكره، في جميع التكاليف الشرعية: عبادات أو معاملات أو عقوبات أو محرمات، كأركان الإسلام الخمسة وحرمة الربا (الفائدة)، والزنا، وحل البيع والزواج والقرض ونحوها مما هو ثابت قطعا بالإجماع، لا يجوز فيها التقليد والتلفيق أو الأخذ بالأيسر. فلا يباح التلفيق المؤدي إلى إباحة المحرمات كالنبيذ المسكر والزنا مثلا.

كما لا يباح التلفيق المؤدي إلى إهدار حقوق الناس أو إلحاق الأذى والضرر بهم والعدوان عليهم، إذ لاضرر ولا ضرار في الإسلام.

قال القرافي (١) : إن ضابط المذاهب التي يقلد فيها خمسة أشياء لا سادس لها عملا بالاستقراء:

١ - الأحكام الشرعية الفروعية الاجتهادية.

٢ - وأسبابها.

٣ - وشروطها.

٤ - وموانعها.

٥ - والحجاج (٢) المثبتة للأسباب والشروط والموانع.

---

(١) البحوث العلمية، المؤلف غير معروف ٦/٢٠٥

احترز بـ (الشرعية) عن العقلية كالحساب والهندسة وعن الحسيات وغيرها. واحترز بالفروعية عن أصول الدين وأصول الفقه. وبالاجتهادية عن الأحكام المعلومة من الدين بالضرورة.

وأسباب الأحكام مثل الإتلاف **المسبب للضمان**. والشروط كاشتراط الولي والشهود في عقد الزواج. والموانع كالجنون والإغماء المانعين من التكليف الشرعي، والدين المانع من إيجاب الزكاة.

ــ

(١) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام للقرافي: ص١٩٥ وما بعدها ، طبعة حلب الفروق: ٤/٥

(٢) أي طرق الإثبات أو أدلته مثل الإقرار والشهادة.." [1]

"٢ - التمليك: يشترط التمليك لصحة أداء الزكاة (١) بأن تعطى للمستحقين، فلا يكفي فيها الإباحة أو الإطعام إلا بطريق التمليك، ولا تصرف عند الحنفية إلى مجنون وصبي غير مراهق (مميز) إلا إذا قبض لهما من يجوز له قبضه كالأب والوصي وغيرهما. وذلك لقوله تعالى: ﴿وآتوا الزكاة﴾ [البقرة:٢/٤٣] والإيتاء هو التمليك، وسمى الله تعالى الزكاة صدقة بقوله عز وجل: ﴿إنما الصدقات للفقراء﴾ [التوبة:٩/٦٠] والتصدق تمليك، واللام في كلمة «للفقراء» ـ كما قال الشافعية ـ لام التمليك، كما يقال: «هذا المال لزيد» .

واشترط المالكية (٢) لأداء الزكاة شروطا ثلاثة أخرى:

١ - إخراجها بعد وجوبها بالحول أو الطيب أو مجيء الساعي، فإن أخرجها قبل وقتها، لم تجزه خلافا لجمهور الفقهاء. وتأخيرها بعد وقتها مع التمكن من إخراجها **سبب للضمان** والعصيان.

٢ - دفعها لمن يستحقها لا لغيره.

٣ - كونها من عين ما وجبت فيه.

ــ

(١) البدائع: ٢/٣٩، الدر المختار: ٢/٨٥، أحكام القرآن لابن العربي: ٢/٩٤٧، المهذب: ١/١٧١، المغني: ٢/٦٦٥-٦٦٧.

(٢) شرح الرسالة: ١/٣١٧، القوانين الفقهية: ص٩٩.." [2]

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، المؤلف غير معروف ٩٨/١

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته، المؤلف غير معروف ١٧٦/٣

"والحقيقة. وأما الأحكام القضائية فتبنى على ظاهر الأمر ولا ينظر فيها إلى النوايا وواقع الأمر وحقيقته. فمن طلق امرأته خطأ، ولم يقصد إيقاع الطلاق، يحكم القاضي بوقوع طلاقه عملا بالظاهر واستحالة معرفة الحقيقة، ويكون الحكم بوقوع الطلاق حكما قضائيا. وأما ديانة فالحكم عدم وقوع الطلاق، وللإنسان أن يعمل بذلك فيما بينه وبين الله تعالى، وللمفتي إفتاؤه بذلك؛ لأن الزوج لم يقصد الطلاق في الواقع.

المبحث الثالث . مصادر الحق أو أسبابه

عرفنا سابقا أن منشأ الحق أو سببه الأساسي أو غير المباشر: هو الشرع. فالشرع هو المصدر الأساسي للحقوق، والسبب الوحيد لها، غير أن الشرع قد ينشئ الحقوق مباشرة من غير توقف على أسباب أخرى، كالأمر بالعبادات المختلفة، والأمر بالإنفاق على القريب، والنهي عن الجرائم والمحرمات، وإباحةالطيبات من الرزق، فإن أدلة الشرع هنا تعتبر أسبابا مباشرة للحقوق.

وقد ينشئ ا لشارع الحقوق أو الأحكام مرتبة على أسباب أخرى يمارسها الناس، كعقد الزواج، فإنه ينشئ حق النفقة للزوجة والتوارث بين الزوجين وغير ذلك. وعقد البيع ينشئ ملك البائع للثمن والمشتري للمبيع. والغصب **سبب للضمان** عند هلاك المغصوب. وتعتبر العقود والغصب أسبابا مباشرة، وأدلة الشرع أسبابا غير مباشرة.

والمقصود من الأسباب أو المصادر في هذا المبحث: الأسباب المباشرة، سواء أكانت أدلة الشرع أم الأسباب التي أقرتها وعينتها هذه الأدلة. فليس المراد من المصدر هنا:." (١)

"وقال محمد: لا يصير قابضا ويبقى البيع في ضمان البائع، ويؤمر بالتسليم إليه، ويكون الهلاك على البائع، ويبطل البيع ويسقط الثمن عن المشتري.

دليل أبي يوسف: أن جناية الأجنبي حصلت بإذن المشتري وأمره ضمنا، فيصير قابضا، كما لو ارتكب الجناية بنفسه. وبيانه: أن اختيار المشتري اتباع الجاني بالضمان تمليك من الشيء المضمون المجني عليه؛ لأن المضمونات تملك باختيار الضمان بأثر رجعي يستند إلى وقت حدوث **سبب الضمان**، فيصير كأن الجناية حصلت بأمر المشتري.

ودليل محمد: أن الضمان متعلق بالعين لأن قيمة العين قائمة مقامها، والعين لو كانت قائمة فهلكت قبل القبض، كان الهلاك على البائع، فكذا القيمة (١) .

٥ – القبض السابق: كل ماسبق فيما إذا كان المبيع في يد البائع، فإن كان في يد المشتري بقبض سابق،

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، المؤلف غير معروف ٣٧٩/٤

ثم باعه المالك له، فهل يعتبر قابضا بمجرد الشراء أو لا بد من تجديد القبض ليتم التسليم؟ فيه تفصيل:

قسم الفقهاء القبض من حيث قوة أثره وضعفه إلى قسمين: قبض الضمان وقبض الأمانة.

قبض الضمان: هو ما كان فيه القابض مسؤولا عن المقبوض تجاه الغير، فيضمنه، إذا هلك عنده، ولو بآفة سماوية، كالمغصوب في يد الغاصب، والمبيع في يد المشتري.

وقبض الأمانة: هو ماكان فيه القابض غير مسؤول عن المقبوض إلا بالتعدي، أو التقصير في الحفظ كالوديعة أو العارية أو المأجور أو مال الشركة في يد الوديع، أو المستعير، أو المستأجر، أو الشريك.

وجعلوا قبض الضمان أقوى من قبض الأمانة بسبب الضمان المترتب.

والمبدأ العام:أن القبض السابق ينوب عن القبض اللازم في البيع إذا كانا متجانسين في الضمان وعدمه، أو كان السابق أقوى بخلاف ما إذا كان أضعف. فقبض الضمان ينوب عن قبض الأمانة وعن قبض الضمان، وأما قبض الأمانة فلا ينوب إلا عن قبض الأمانة فقط، ولا ينوب عن قبض

----

(١) البدائع، المرجع السابق.." (١)

"وقال الصاحبان: لايضمن؛ لأنه رضي بأمانتهما، فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر، ولا يضمنه، كما هو الشأن فيما لا يقسم.

واتفقوا على أن الوديعة إذا كانت لا تقسم، لا تضمن؛ لأنه لا يمكن حفظها إلا في مكان واحد، فكان المالك راضيا بحفظ أحدهما لعلمه أنهما لا يجتمعان عليه أبدا (١) .

طريقة حفظ الوديعة: اختلف العلماء في طريقة حفظ الوديعة، فقال الحنفية والحنابلة: على الوديع أن يحفظ الوديعة، كما يحفظ به ماله في حرز مثله، وذلك بيده أو بيد من هو في عياله (٢) ممن تلزمه نفقته، كامرأته وولده وغلامه وخادمه؛ لأن حفظها بهؤلاء مثلما يحفظ به ماله، فأشبه ما لو حفظها بنفسه.

وله عند الحنفية أن يحفظ الوديعة أيضا بيد من ليس في عياله، ممن يحفظ عنده ماله بنفسه عادة كشريكه المفاوض والعنان، لا المستأجر مياومة (٣) . فإن حفظ الوديع الوديعة عند غير هؤلاء فتلفت، ضمنها؛ لأن المالك رضي بيده لا بيد غيره والأيدي تختلف في الأمانة إلا أن يقع في دار الوديع حريق، فيسلمها إلى جاره أو يكون الوديع في سفينة وهاجت الريح وصار بحيث يخاف الغرق، فيلقيها إلى سفينة أخرى، فله ذلك لأنه إجراء تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة، فيرتضيها المالك. ولا يصدق الوديع على ذلك إلا

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، المؤلف غير معروف ٧٦/٥

ببينة؛ لأنه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق **سبب الضمان**.

ـــ

(١) تكملة فتح القدير: ٧/٩٦، مجمع الضمانات: ص ٧٨، الكتاب مع اللباب: ٢/١٩٩.

(٢) وهو الذي يسكن معه ويمونه، فيكفيه طعامه وشرابه وكسوته، كائنا من كان، قريبا أم أجنبيا كولده وامرأته، وخادمه وأجيره.

(٣) المبسوط: ١١/١٠٩، تكملة فتح القدير: ٧/٨٩، مجمع الضمانات: ص ٧٧، البدائع: ٦/٢٠٧، المغني: ٦/٣٨٥، الكتاب مع اللباب: ٢/١٩٧.." [١]

"والقاعدة عند جمهور الحنفية: أن الوديعة إذا صارت مضمونة، ثم أزيل **سبب الضمان**، كأن يسترد الوديع الأول من المودع الثاني الوديعة، ويحفظها بنفسه أو نحو ذلك مما سيأتي، فإنه يبرأ عن الضمان؛ لأنه في عودته لحالته الأولى يعتبر وديعا، والوديع إذا هلكت الوديعة بدون سبب منه لا ضمان عليه (١) . هذا بخلاف المستأجر والمستعير، إذا خالفا، ثم تركا الخلاف بقي الضمان.

والقاعدة عند زفر والشافعي وبقية الأئمة: أن الوديعة متى صارت مضمونة بانتفاع وغيره مما سيأتي، ثم ترك الوديع الخيانة، لم يبرأ من الضمان؛ لأن الوديعة لما صارت مضمونة، فقد ارتفع العقد، لتغيرطبيعته، فلا يعود إلا بالتجديد، ولم يوجد، فصار كما لو جحد الوديعة، ثم أقر بها (٢) .

٣ - استعمال الوديعة: إذا انتفع الوديع بالوديعة كركوب الدابة ولبس الثوب، فإنه يصير ضامنا، فإن ترك الاستعمال، فقال جمهور الحنفية كما عرفنا من قاعدتهم: ل ا ضمان عليه؛ لأنه ممسك لها بإذن مالكها، فأشبه ما قبل الاستعمال (٣) .

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: إذا تلفت الوديعة بعد استعمالها يضمنها، ولو كان التلف بسبب سماوي؛ لأنه بالتعدي في الاستعمال قد ارتفع حكم الوديعة وبطل الاستئمان، فصار كما لو جحد الوديعة ثم أقر بها، فلا يبرأ من الضمان إلا بالرد على المالك، كما تقرر (٤) .

٤ - السفر بالوديعة: قال أبو حنيفة: للوديع أن يسافر بالوديعة إذا كان الطريق آمنا، ولم ينهه صاحب الوديعة، بأن كان العقد مطلقا؛ لأن الأمر بحفظ الوديعة صدر مطلقا عن تعيين المكان، فلا يجوز التعيين إلا بدليل، وعلى هذا فلو سافر فتلفت الوديعة لا يضمن.

وقال الصاحبان: إن كان للوديعة حمل ومؤنة، لا يملك المسافرة بها؛ لأن في المسافرة بما له حمل ومؤنة

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، المؤلف غير معروف ٥/٦٥٩

ضررا بالمالك، لجواز أن يموت الوديع في السفر، فيحتاج المالك إلى الاسترداد من موضع

------__------------------------

(١) البدائع: ٦/٢١٢، تكملة فتح القدير: ٧/٩٢، مجمع الضمانات: ص ٧٣، ٧٦ ومابعدها.

(٢) مغني المحتاج: /٩٠.

(٣) البدائع: ٦/٢١١، المبسوط: ١١/١٢٣.

(٤) مغني المحتاج، المرجع السابق: ٣/٨٨، المهذب: ١/٣٦٢، حاشية الدسوقي: ٤/٤٢٠، ٤٢٧، القوانين الفقهية: ص ٣٧٤، المغني: ٦/٤٠١.." (١)

"لا تحتمل التعليق بالشرط؛ لأن فيها معنى التمليك، والتمليكات لا يصح تعليقها بالشرط (١) .

د. وإن كانت الكفالة مضافة إلى وقت في المستقبل: جازت عند الحنفية مثل أن يضمن إنسان لآخر ما يقرضه لفلان، أو ما يستهلكه من ماله أو ما يغصبه منه، أو ثمن ما يبايعه به، فهذه الكفالة صحيحة لأنها أضيفت إلى سبب الضمان. وقد أجاز القانون المدني تعليق الكفالة على شرط أو إضافتها إلى زمن مستقبل.

الخيار في الكفالة: اتفق العلماء على أنه لا يدخل في الضمان والكفالة خيار؛ لأن الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ، والضمين والكفيل على بصيرة أنه لاحظ لهما، ولأن الضمان عقد لا يفتقر إلى القبول، فلم يدخله خيار كالنذر (٢) .

المبحث الثاني . شروط الكفالة :

تشترط في الكفالة شروط تتعلق إما بالصيغة أو بالكفيل، أو بالأصيل، أو بالمكفول له، أو بالمكفول به، فالذي تلزمه المطالبة بالمال الذي على المدين هو الكفيل، والمدين: هو المكفول عنه، ويسمى الأصيل أيضا، والمدعي . وهو الدائن: مكفول له، ومحل الكفالة . وهو المال أو النفس المكفولة: هو المكفول به.

شروط الصيغة: يشترط في صيغة الكفالة ثلاثة شروط وهي:

١ - أن تكون بلفظ يدل على الالتزام صراحة أو كناية كما تقدم، مثل ضمنت دينك على فلان أو تكفلت به أو تكفلت بنفس فلان ونحو ذلك من الصريح، أو يقول: الدين الذي لك على فلان هو علي ونحو ذلك من الكنايات.

٢ - التنجيز في العقد: فلا تصح الكفالة المعلقة على شرط غير متعارف، مثل إن قدم فلان من السفر

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، المؤلف غير معروف ٥/٦٦٤

فأنا كفيل لك بما على فلان، أو إن فعلت كذا تكفلت بإحضار فلان، أو إن نزل المطر فأنا كفيل؛ لأن الكفالة عقد يفيد أثره في الحال، فلا يقبل التعليق.

---

(١) البدائع، المرجع السابق، المبسوط للسرخسي: ١٩/١٧٨.

(٢) المغني: ٤/٥٥٥.." [1]

"وأما المالكية: فينوب عندهم أيضا أي قبض سابق عن قبض الرهن؛ لأن غرضهم من القبض هو الحيازة، وهي متحققة. وقد نصوا على أنه يجوز رهن العين المستأجرة عند مستأجرها قبل انتهاء مدة الإجارة، ورهن البستان عند العامل فيه بعقد المساقاة، ويكفي حوزها السابق بالإجارة والمساقاة.

وأما الحنابلة فقالوا أيضا: إذا ارتهن المرتهن ما في يده بطريق الإعارة أو الإيداع أو الغصب ونحوه، صح الرهن، ولزم بالإيجاب والقبول، من غير حاجة إلى أمر زائد عليهما، لثبوت يده حينئذ على المال المرهون، ولم يشترط القبض إلا لإثبات اليد.

٢ - وقال الشافعية والقاضي أبو يعلى من الحنابلة (١) : يكفي القبض السابق، لكن لا يصير الشيء رهنا مقبوضا حتى تمضي مدة يتأتى فيها قبضه . فإن كان منقولا، فبمضي مدة يمكن نقله فيها، وإن كان مكيلا فبمضي مدة يمكن اكتياله فيها، وإن كان غير منقول فبمضي مدة التخلية. وإن كان غائبا عن المرتهن، لم يصر مقبوضا حتى يوافيه هو أو وكيله، ثم تمضي مدة يمكن قبضه فيها؛ لأن العقد يفتقر إلى القبض، والقبض إنما يحصل بفعله أو بإمكانه، وهو لا يكون إلا في زمن.

والجمهور يقولون: إذا كانت يد المرتهن على المال المرهون قبل رهنه يد ضمان، فإنها تنقلب يد أمانة بارتهانه؛ لأن السبب المقتضي للضمان قد زال بالارتهان، فيزول أثره وهو الضمان بزوال سببه، بدليل أن الضمان يزول برد المال إلى مالكه لزوال السبب المقتضي للضمان، **وسبب الضمان** هو الغصب أو الاستعارة عند من يقول بأن يد المستعير يد ضمان، وهم الحنابلة، والشافعية أحيانا.

---

(١) المهذب: ١/٣٠٦، المغني: ٤/٣٣٤، مغني المحتاج: ٢/١٢٨.." [2]

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، المؤلف غير معروف ٦/١١

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته، المؤلف غير معروف ٦/٩٦

"وإذا هلكت بلا تعد، فلا ضمان؛ لأن المستأجر أمانة غير مضمونة في يد المستأجر اتفاقا، وليس للمؤجر فكها قبل انتهاء مدة الإجارة.

٦ - رهن ملك الغير :

يجوز للإنسان كما بان سابقا أن يرهن ملك الغير بإذنه كالمستعار والمستأجر، وليس لأحد رهن ملك غيره إلا بولاية عليه، فإذا لم يكن له ولاية في الرهن، وسلم المرهون إلى المرتهن، كان بهذا التسليم متعديا وغاصبا، وكان الرهن عند الحنفية موقوفا على الإجازة، فإن لم يجزه مالك المرهون بطل الرهن، وكانت العين في ضمان الراهن بسبب غصبه. هذا بالنسبة للراهن.

أما بالنسبة للمرتهن:

فقال الحنفية (١) : إذا هلك الرهن عند المرتهن، ثم تبين أنه مستحق لغير الراهن، أي لم يكن المرتهن عالما بأنه ملك لغير الراهن، فإن المالك المستحق بالخيار بين أن يضمن الراهن قيمته، أو يضمن المرتهن؛ لأن كل واحد متعد في حقه، أما الراهن فباستيلائه عليه بغير حق وتسليمه للمرتهن، وأما المرتهن فبقبضه وتسلمه.

فإن ضمن المستحق (المالك) الراهن، صار المرتهن **بسبب الضمان** مستوفيا لدينه، بقدر قيمة الرهن، لهلاك الرهن في يده؛ لأن الراهن قد ملكه إذا أدى ضمانه ملكا مستندا إلى وقت استيلائه عليه بغير حق، قبل عقد الرهن، فيصبح راهنا ما يملك، ثم يصير المرتهن مستوفيا لدينه بالهلاك عنده إذا كانت قيمته مساوية لدينه، أو أكثر، وإلا فبقدر قيمته.

وإن ضمن المستحق المرتهن ابتداء (مباشرة)، رجع المرتهن على الراهن بما ضمن، كما يرجع بدينه. أما رجوعه بما ضمن من مثل أو قيمة فلأنه تسلم الرهن مغرورا من جهة الراهن، والمغرور يرجع بما ضمن، وأما رجوعه بالدين، فلأن استيفاءه لدينه، قد انتقض بظهور أنه قد تسلم عينا مملوكة لغير راهنها، فبطل الرهن، وعاد حقه كما كان.

----

(١) تبيين الحقائق: ٦/٨٣ ومابعدها، البدائع: ٦/١٤٧.." (١)

"٤ . غصب غير المتقوم :

قال الحنفية (١) : لا يضمن الغاصب خمر المسلم أو خنزيره إذا غصبه وهلك في يده أو استهلكه أو خلل

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، المؤلف غير معروف ٦/١١٣

الخمر، سواء أكان الغاصب مسلما أم ذميا؛ لأن الخمر ليست بمال متقوم في حق المسلم ويجب إراقتها، وكذا الخنزير غير متقوم، لكن لو قام الغاصب بتخليل خمر المسلم ثم استهلكها يضمن خلا مثلا لا خمرا؛ لأن الغصب حين وجوده لم ينعقد سببا لوجوب الضمان، فإن استهلكه فقد وجد منه سبب الضمان، وهو إتلاف خل مملوك للمغصوب منه، فيضمن. وكذلك يضمن الغاصب جلد الميتة إذا دبغه، ويجب عليه فقط ما زاد الدباغ فيه؛ لأنه بالدبغ صار مالا متقوما.

ويضمن المسلم أو الذمي خمر الذمي أو خنزيره إذا استهلكه؛ لأن كلا منهما مال عند أهل الذمة، فالخمر عندهم كالخل عندنا، والخنزير عندهم كالشاة عندنا؛ لأن لهم ماللمسلمين وعليهم ما على المسلمين، ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون (٢) ، وبه يقرون على بيعه ١. لكن تجب على المسلم قيمة الخمر، وإن كان من

ـــ

(١) البدائع: ٧/١٤٧ وما بعدها، ١٦٢ وما بعدها، الدر المختار: ٥/١٤٧-١٤٩، تكملة فتح القدير: ٧/٣٩٦-٤٠٥، اللباب: ٢/١٩٥، تبيين الحقائق: ٥/٢٢٢.

(٢) هذا مروي عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه حيث قال: «إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا، وأموالهم كأموالنا» . «وأمرنا بتركهم وما يدينون» (نصب الراية: ٤/٣٦٩، تكملة فتح القدير: ٧/٣٩٨).." (١)

"بتغير الأسعار؛ لأن سبب الضمان لم يتغير كما لم يتغير محل الضمان، لكن فرق المالكية بين ضمان الذات وضمان الغلة، فتضمن الأولى يوم الاستيلاء عليها، وتضمن الغلة من يوم استغلالها، وأما المتعدي: وهو غاصب المنفعة فيضمن المنفعة بمجرد فواتها على صاحبها وإن لم يستعملها.

وقال الشافعية (١) : الأصح أن المعتبر في الضمان هو أقصى قيمة للمغصوب من وقت الغصب في بلد الغصب إلى وقت تعذر وجود المثل. وإذا كان المثل مفقودا عند التلف، فالأصح وجوب الأكثر قيمة من الغصب إلى التلف، سواء أكان ذلك بتغير الأسعار، أم بتغير المغصوب في نفسه.

وأما المال القيمي: فيضمن بأقصى قيمة له من يوم الغصب إلى يوم التلف.

وقال الحنابلة (٢) : إن كان المغصوب من المثليات، وفقد المثل، وجبت قيمته يوم انقطاع المثل؛ لأن القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل، فقدرت القيمة حينئذ كتلف المتقوم.

وإن كان المغصوب من القيميات وتلف، فالواجب القيمة أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين الرد،

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، المؤلف غير معروف ٥٦٠/٦

إذا كان التغير في المغصوب نفسه من كبر وصغر، وسمن وهزال، ونحوها من المعاني التي تزيد بها القيمة وتنقص؛ لأن هذه المعاني مغصوبة في الحال التي زادت فيها، والزياد ة لمالكها مضمونة على الغاصب.

وإن كانت زيادة القيمة لتغير الأسعار، لم تضمن الزيادة؛ لأن نقصان القيمة لهذا السبب لا يضمن إذا ردت العين المغصوبة بذاتها، فلا يضمن عند تلفها.

ـــــــــــــــــــــــــــــ

(١) مغني المحتاج: ٢/٢٨٣، المهذب: ١/٣٦٨، بجيرمي الخطيب: ٣/١٣٦، نهاية المحتاج: ٤/١١٩-١٢١.

(٢) المغني: ٥/٢٥٧ وما بعدها، كشاف القناع: ٤/١١٧.." [1]

"المبحث الثاني ـ إتلاف المال وحكمه

وفيه مطالب ثلاثة، وملحق به، ويبحث الإتلاف المالي عادة بعد الغصب أو معه؛ لأنه يأخذ حكمه من حيث التضمين.

المطلب الأول ـ تعريف الإتلاف وكونه سبب الضمان.

المطلب الثاني ـ شروط إيجاب الضمان بالإتلاف.

المطلب الثالث ـ كيفية الضمان أو ماهيته.

وأبدأ ببحث كل منها فيما يأتي:

المطلب الأول ـ تعريف الإتلاف وكونه سبب الضمان :

الإتلاف (١) : هو إخراج الشيء من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة (٢) وهو سبب موجب للضمان؛ لأنه اعتداء وإضرار، والله تعالى يقول: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة:٢/١٩٤] وقال عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» وإذا وجب الضمان بالغصب فبالإتلاف أولى؛ لأنه اعتداء وإضرار محض.

ولا فرق بين أن يقع الإتلاف مباشرة: وهو إلحاق الضرر من غير واسطة بمحل التلف، أو تسببا: وهو ارتكاب فعل في محل يفضي إلى تلف غيره.

كما لا فرق في ضمان الإتلاف بين العمد والخطأ، ولا بين وجود البلوغ أو التمييز أو عدمه، فالمتلف عمدا أو خطأ ضامن باتفاق المذاهب الأربعة، والكبير أو الصغير أو المجنون أوالنائم المتلف ضامن أيضا عند

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، المؤلف غير معروف ٦/٥٦٨

جمهور الفقهاء. وفرق المالكية بين الصبي المميز وغيره، فيغرم المميز ما أتلفه إن كان له مال، فإن لم يكن له مال

---

(١) الإتلاف والإفساد والاستهلاك لها معان متقاربة في اصطلاح الفقهاء. وهي تدخل تحت مدلول أعم وهو الضرر: وهو إلحاق مفسدة بالآخرين، أو كل نقص يدخل على الأعيان.

(٢) البدائع: ٧/١٦٤. اتبع به.." (١)

"مراحل طلب الشفعة: يبدأ الشفيع بطلب الشفعة عند الحنفية كما يلي:

١ - طلب المواثبة: أي المبادرة والسرعة، وهو أن يطلب الشفيع في مجلس علمه بالبيع الأخذ بالشفعة، بلفظ يفهم منه طلبها مثل: أطلب الشفعة أو أنا طالبها، أو أنا شفيع المبيع وأطلبه بالشفعة ونحوه (١) ، لقوله صلى الله عليه وسلم : «الشفعة لمن واثبها» (٢) ولا يلزم الإشهاد من الشفيع على هذا الطلب، وإنما هو أفضل، لمخافة جحود أو إنكار الخصم (المشتري) الطلب في ساحة القضاء. فالمعتبر هو الطلب، وإنما الإشهاد ليثبت الطلب بالشهادة عند الإنكار، كالطلب والإشهاد لهدم الحائط المائل، لا يشترط الإشهاد للضمان، وإنما لإثبات **سبب الضمان**.

ويلاحظ أن أصح الروايتين عند الحنفية: هو بقاء الحق في الطلب ما دام الشفيع في مجلس العلم بالبيع، مهما امتد.

والأظهر عند الشافعية كما تقدم أن هذا الطلب على الفور.

وكذلك قال الحنابلة: الشفعة بالمو ا ثبة ساعة العلم بالبيع أي على الفور .

وأما المالكية: فوقت الطلب عندهم كما تبين على التراخي، لمدة سنة، على أشهر أقوال مالك.

٢ - طلب التقرير: وهو أن يتقدم الشفيع بطلب آخر يؤكد به طلبه الأول. إذ قد يكون الطلب الأول عن رغبة عارضة من الشفيع، ثم يتبين أمره وظروفه وإمكاناته المادية، فلا بد من هذا الطلب لتأكيد وتقرير الطلب الأول (٣) .

ويشترط في هذا الطلب: أن يكون على فور الطلب الأول، والإشهاد عليه، بأن يشهد الشفيع على رغبته بالشفعة رجلين أو رجل وامرأتين، ومدة هذا الطلب ليست على فور المجلس في الأكثر، بل هي مقدرة بمدة التمكن من الإشهاد.

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، المؤلف غير معروف ٦/٥٨٧

---

(١) م (١٠٢٩) مجلة.

(٢) رواه الفقهاء في كتبهم، وهو كما قال الزيلعي عنه: غريب، وأخرجه عبد الرزاق من قول شريح: «إنما الشفعة لمن واثبها » فهو أثر، وليس بحديث (نصب الراية: ٤/١٧٦).

(٣) البدائع: ٥/١٨-١٩، تكملة الفتح: ٧/٤١٩ ومابعدها، الدر المختار ورد المحتار: ٥/١٥٨، تبيين الحقائق: ٥/٢٤٣ ومابعدها، اللباب: ٢/١٠٨-١٠٩، م (١٠٢٠) مجلة.." [1]

"رابعا ـ ضمان المتسبب والمباشر معا :

يضمن المتسبب والمباشر بالاشتراك معا إذا تساوى أو تعادل أثرهما في الفعل الذي يترتب عليه إحداث الضرر. وعلى حد تعبير الحنفية والشافعية: يضمن المتسبب مع المباشر إذا كان للسبب تأثير يعمل بانفراده في الإتلاف متى انفرد عن المباشرة. أي أن اشتراك المتسبب مع المباشرة في الضمان مشروط عندهم بأن يكون السبب مما يعمل بانفراده. وعند المالكية والحنابلة (١) مشروط بأن تكون المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه، بحيث لو تخلفت السببية لزالت علة الإتلاف كاشتراك المكره والمستكره في القصاص والضمان، واشتراك الممسك مع القاتل في رواية عند الحنابلة، وفي الرواية الأخرى: يختص المباشر بالعقوبة، ويحبس الممسك حتى يموت، وكما لو دل الوديع لصا على الوديعة فسرقها.

وأمثلة الحنفية هي ما يأتي (٢) :

ـ لو اجتمع على قيادة الدابة سائق وراكب، أوقائد وسائق (٣) ،فالضمان عليهما؛ لأن سوق الدابة يؤدي إلى التلف، وإن لم يكن هناك شخص راكب عليها. وقائد قطار الإبل والسائق سواء في الضمان؛ لأن على القائد الحفظ كالسائق، فيصير متعديا بالتقصير فيه، والتسبب بوصف التعدي **سبب الضمان**. لكن ضمان النفس على العاقلة، وضمان المال في مال المتعدي كما تقدم.

ـ وكذلك إذا نخس شخص الدابة أو ضربها بأمر راكبها، يكون الضمان على الاثنين؛ لأن الناخس بمنزلة السائق.

---

(١) تبيين الحقائق: ٦/١٥٠، رد المحتار: ٥/٤٢٨، أشباه ابن نجيم: ٢/٧٨، الفروق: ٤/٣١، القواعد لابن رجب: ص ٢٨٥.

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، المؤلف غير معروف ٦/٦٧٤

(٢) الدر المختار : ٥/٤٢٨، تكملة فتح القدير: ٨/٣٥٤، تبيين الحقائق: المكان السابق، المبسوط: ٢٧/٢ وما بعدها، البدائع: ٧/٢٨٠، اللباب شرح الكتاب: ٣/١٦٤.

(٣) القود: أن يكون الرجل أمام الدابة آخذا بقيادتها. والسوق: أن يكون خلفها.." (١)

"أ ـ إن لم يطالب بنقضه، حتى سقط على إنسان، فقتله، أو على مال فأتلفه، فلا ضمان؛ لأنه بناه في ملكه، والميل حادث بغير فعله، فأشبه ما لو وقع قبل ميله، كثوب ألقته الريح في يده، فما تولد منه، لا يؤاخذ به.

ب ـ وأما إن طولب بنقضه، فلم يفعل، ثم سقط بعدئذ يمكنه فيها نقضه، فهو ضامن ما تلف به من نفس أو مال؛ لأنه حينئذ يصبح متعديا، كما لو امتنع عن تسليم (أو رد) ثوب ألقت به الريح في دار إنسان، وطولب به، فهلك، يضمن. ولأن للناس حق المرور دون ضرر، وليس لأحد منعهم منه.

أما إذا لم يفرط في نقضه، وذهب حتى يستأجر عاملا يهدمه، فسقط، فأفسد شيئا، فلا شيء عليه؛ لأن الواجب عليه فقط إزالة الضرر بقدر الإمكان.

والمطالبة بالنقض أو الإصلاح هو المعروف بشرط التقدم، والتقدم: هو التنبيه والتوصية أولا بدفع وإزالة مضرة مظنونة (م ٨٨٩ مجلة).

الإشهاد على المطالبة بالنقض: لا يشترط الإشهاد لصحة التقدم أو المطالبة بالإصلاح، وإنما الإشهاد كما قال الحنفية أمر ضروري لإثبات سبب الضمان أي لإثبات حصول الطلب عند القاضي والإلزام بالضمان عند الإنكار. فلو اعترف صاحب الدار أنه طولب بنقض الجدار، وجب عليه الضمان، وإن لم يشهد عليه.

معنى الإشهاد: الإشهاد هو أن يقول الرجل: «اشهدوا أني قد تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا» أي أن المعتبر هو المطالبة بالهدم (١) . وتعتبر شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم، أي المطالبة.

ـــ

(١) راجع هذا وما يأتي بعده في البدائع: ٧/٢٨٤، تكملة الفتح: ٨/٣٤٢، الدر المختار: ٥/٤٢٥.." (٢)

"المطلب الرابع ـ حكم الرجوع عن الشهادة :

الرجوع عن الشهادة: أن يقول الشاهد: رجعت عما شهدت به، ونحوه، فلو أنكر شهادته بعد القضاء لا

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، المؤلف غير معروف ٦٨٧/٧

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته، المؤلف غير معروف ٦٩٢/٧

يكون رجوعا، ولا يصح الرجوع إلا في مجلس القضاء؛ لأنه فسخ للشهادة، فيكون في المكان الذي تعتبر فيه الشهادة، وهو المحكمة، ولأن الرجوع توبة، والتوبة تكون بحسب الجناية:السر بالسر، والعلانية بالعلانية (١) ، أي إذا كان الذنب سرا فالتوبة سرية، وإن كان علانية فالتوبة علانية.

وإذا لم يصح الرجوع عن الشهادة في غير المحكمة: فلو ادعى المشهود عليه رجوع الشاهدين أو أراد يمينهما أنهما لم يرجعا، لا يحلفان، وكذا لو أقام المشهود عليه بينة على هذا الرجوع، لا تقبل؛ لأنه ادعى رجوعا باطلا؛ إذ أنه في غير المحكمة، وإقامة البينة وإلزام اليمين لا تقبل إلا على دعوى صحيحة، بدليل أنه لو أقام البينة أن الشاهد رجع عند قاضي بلدة كذا، وحكم عليه بضمان المال، تقبل بينته.

وكذلك لا يصح الرجوع عن الشهادة بعد صدور الحكم من القاضي، وإذا رجع الشهود حينئذ، لم ينتقص الحكم الذي حكم بشهادتهما فيه، ولا يفسخه القاضي باتفاق العلماء، وإذا رجع الشهود قبل صدور الحكم، لم يحكم القاضي بشهادتهما، ويصح رجوعهما حينئذ؛ لأن الشهادة إخبار يحتمل الغلط.

ويترتب على الرجوع عن الشهادة بعد الحكم: أن الشهود يلتزمون بضمان الغرم أو التلف الذي تسببوا في إلحاقه بالمشهود عليه من مال أو دية باتفاق المذاهب الأربعة على الراجح عند بعضهم، لإقرارهم على أنفسهم **بسبب الضمان**، فهم قد أخرجوا المال من يد المشهود عليه بغير حق، ويوزع الضمان بينهم، ولا ضمان عليهم إذا كان المشهود عليه قد استوفى عوضا عما أتلف عليه. وإذا كانت الشهادة على حد زنا مثلا، ثم رجع الشهود كلهم أو بعضهم، فيقام عليهم حد القذف (٢) . وتطبيقات هذه القاعدة تعرف عند الحنفية في المسائل الآتية (٣) :

. إذا شهد شاهدان على رجل بمال، وقضى القاضي به، وسلم المدعى عليه المال إلى المدعي، ثم رجع الشاهدان: ضمنا المال بينهما نصفين. ولو رجع أحدهما، غرم نصف المال، وبقي النصف الآخر ببقاء شاهد. ودليل الضمان أن الشاهدين تسببا بإتلاف مال المشهود عليه تعديا، والتسبب **سبب الضمان**.

---

(١) هذا بعض حديث معاذ رضي الله عنه حين بعثه النبي صلى الله عليه وسلم إلى أهل اليمن، فقال: أوصني، فقال: عليك بتقوى الله تعالى ما استطعت. إلى أن قال: «وإذا عملت شرا، فأحدث توبة: السر بالسر، والعلانية بالعلانية» (فتح القدير: ٦/٨٧).

(٢) المبسوط: ١٦/١٧٧، ٢/١٧، ٨، ١٦، فتح القدير: ٦/٨٥ وما بعدها، البدائع: ٦/٢٨٣ وما بعدها، الدر المختار: ٤/٤١٢ وما بعدها، اللباب شرح الكتاب: ٤/٧٢ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص ٣٥٩

وما بعدها، الشرح الكبير للدردير: ٤/٢٠٧، مغني المحتاج: ٤/٤٥٦ وما بعدها، المهذب: ٢/٣٤٠، المغني: ٩/٢٤٨ وما بعدها.

(٣) مراجع الحنفية السابقة.." [١]

"أما لو قال: (أودعني فلان ألف درهم) فقال فلان هذا: (لا، بل أخذتها غصبا): فالقول قول المقر مع يمينه؛ لأن المقر ما أقر **بسبب الضمان** وهو الأخذ أو القبض، بخلاف ما سبق (١) .

الاستثناء في الإقرار: إن استثناء بعض ما دخل في المستثنى منه جائز بغير خلاف، فهو ثابت في لغة العرب، وورد في الكتاب والسنة، قال الله تعالى: ﴿فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاما﴾ [العنكبوت:١٤/٢٩] وقال: ﴿فسجد الملائكة كلهم أجمعون إلا إبليس﴾ [الحجر:٣٠/١٥] وقال النبي صلى الله عليه وسلم في الشهيد: « يكفر عنه خطاياه كلها إلا الدين» (٢) .

فإذا أقر رجل بشيء واستثنى منه، كان مقرا بالباقي بعد الاستثناء، فإذا قال: (له علي مئة إلا عشرة) كان مقرا بتسعين، ولذا قال في تعريف الاستثناء: إنه تكلم بالباقي بعد الثنيا (٣) .

ولا يصح الاستثناء إلا أن يكون متصلا بالكلام السابق، بأن يتصل المستثنى بالمستثنى منه بحيث يعد معه كلاما واحدا عرفا، فلا يصح الفصل بسكوت طويل وكلام أجنبي؛ لأن الاستثناء مغاير لما قبله، ولايضر الفصل اليسير لعارض كسكتة تنفس أو عي أو تذكر أو انقطاع صوت أو سعال أو عطاس، ويصح استثناء القليل من الكثير اتفاقا، كما يصح عند الحنفية فقط استثناء الكثير من القليل في ظاهر الرواية. ولايصح استثناء الكل من الكل بغير خلاف؛ لأن الاستثناء رفع بعض ما تناوله اللفظ، واستثناء الكل رفع الكل، فلو صح الاستثناء صار الكلام لغوا غير مفيد.

ـــــــــــــــــــــــــــــــــــــــ

(١) راجع البدائع: ٧/٢١٧ وما بعدها، المبسوط: ١٨/١٢٦، مختصر الطحاوي: ص ١١٥، مجمع الضمانات: ص ٣٧٦.

(٢) هذا مأخوذ من مفهوم حديث طويل رواه مسلم والترمذي والنسائي عن أنس، وأخرج مسلم عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «القتل في سبيل الله يكفر كل شيء إلا الدين»

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، المؤلف غير معروف ٨/١٨٩

(التاج الجامع للأصول: ٤/٢٩٧، الإلمام: ص ٣٨٤).

(٣) بضم فسكون فألف مقصورة في آخره: اسم من الاستثناء.." (١)

"الموعود السبب ونفذه. مثل: اشتر سلعة أو تزوج امرأة، وأنا أسلفك، فإذا تزوج فعلا وجب عليه إقراضه. أما مجرد الوعد فلا يلزم الوفاء به، بل الوفاء به من مكارم الأخلاق.

والذي استقر عليه القضاء المصري الآن: ما قررته محكمة النقض سنة (١٩٣٩م) وهو ما يلي:

١ – الخطبة ليست بعقد ملزم.

٢ – مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للتعويض.

٣ – إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى، ألحقت ضررا بأحد الخطيبين، جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، أي الخطأ الذي سبب ضررا بالغير.

وهذا يتفق مع قواعد الشريعة الإسلامية، وعلى هذا يفرق بين حالتين:

الأولى . إذا كان للعادل دخل في الضرر الذي لحق الآخر بسبب عدوله، كأن يطلب الخاطب إعداد جهاز خاص، أو يطلب من المخطوبة ترك وظيفتها، فتتركها بناء على رغبته، أو تطلب المخطوبة إعداد الخاطب مسكنا خاصا، فيجوز الحكم بالتعويض عن الضرر لعدوله عن الخطبة، لتسبب العادل في الضرر وتغريره الطرف الآخر.

الثانية . ألا يكون للعادل دخل في الضرر الذي لحق الطرف الآخر بسبب العدول، فلا يحكم بالتعويض على العادل، إذ لم يوجد منه **سبب الضمان** من ضرر أو تغرير.." (٢)

" وروى الإمام أحمد قال : حدثنا وكيع حدثنا يونس بن أبي إسحاق عن أبي السفر قال : كسر رجل من قريش سن رجل من الأنصار فاستعدى عليه معاوية فقال معاوية : انا سنرضيه فألح الأنصاري فقال معاوية : شأنك بصاحبك وأبو الدرداء جالس فقال أو الدرداء : سمعت رسول الله يقول : (ما من مسلم يصاب بشيء من جسده فيتصدق به إلا رفعه الله به درجة وحط به عنه خطية) فقال الأنصاري . فإني قد عفوت

وروي عن عدي بن ثابت : أن رجلا اهتم فمه رجل على عهد معاوية رضي الله عنه فأعطي دية فأبى إلا أن يقتص فأعطي ديتين فأبى فأعطي ثلاثة فأبى فحدث رجل من أصحاب رسول الله صلى الله عليه و

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته، المؤلف غير معروف ٨/٢٤١

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته، المؤلف غير معروف ٩/٢٢

سلم قال : (من تصدق بدم فما دونه فهو كفارة له من يوم أن ولد إلى يوم يموت) والأحاديث في ذلك كثيرة

الحنفية قالوا : من قطع يد رجل عفا المقطوعة يده عن القطع . ثم مات بعد ذلك فعلى القاطع الدية في ماله وإن عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم إن كان خطأ فهو من الثلث وإن كان عمدا فهو من جميع المال

لأن العفو عن القطع والشجة والجراحة ليس لعفو عما يحدث منه فإذا وقع شيء من ذلك وعفا المجني عليه عنه بعد الجرح ثم سرى ومات بسببه فعلى الجاني الدية في ماله خاصة . لأن سبب الضمان قد تحقق وهو قتل نفس معصومة مقومة والعفو لم يتناوله بصريحه لأنه عفا عن القطع وهو غير القتل لا محالة وبالسراية تبين أن الواقع قتل لا قطع وحقه فيه فما هو حقه لم يفع عنه وما عفا عنه فليس بحقه فلا يكون معتبراص ألا ترى أن الولي لو قال بعد السراية : عفوتك عن اليدن لم يكن عفوا ولو قال المجني عليه : عفوتك عن القتل وأقتصد القطع لم يكن عفوا فكذا إذا عفا عن اليد ثم سرى القطع وإذا لم يكن معتبرا وجب الضمان

والقياس يقتضي القصاص لأنه هو الموجب للعمد إلا أنا تركناه لأن صورة العفو اورثت شبهة وهي دارئة للقود فتجب الدية في ماله

وقال الصاحبان رحمهما الله تعالى : من قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع ثم مات من ذلك القطع بسبب السراية فهو عفو عن النفس أيضان فلا شيء على القاطع لأن العفو عن القطع عفو عن موجبه لأن الفعل عرض لا يبقى فلا يتصور العفو عنه فيكون العفو عنه عفوا عن موجبه وموجبه أما القطع إذا اقتصر ولم يسر وإما القتل إن سرى القطع ومات بسببه فكان العفو عفوا عنهما جميعاص ولأن اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فإن الاذن بالقطع به وبما حدث منه حتى إذا قال شخص لآخر : اقطع يدي فقطعه ثم سرى إلى النفس فإنه لم يضمن والعفو إذن انتهاء فيعتبر بإذن ابتداء فصار كما إذا عفا عن الجناية فإنه يتناول الجناية السارية والمقتصرة

وقال الإمام : لا نسلم أن الساري نوع من القطع وإن السراية صفة له بل السراية قتل من الابتداء لأن القتل فعل مزهق للروح ولما انزهق الروح به عرفنا أنه كان قتلا ولأن القتل ليس بموجب للقطع من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفوعن الجناية لأنه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لأنه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطا فقد أجراه مجرى العمد في العفو عن

القطع مطلقا والعفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الشجة والعفو عن الجناية ولأن العفو عن القطع وما يحدث منه والعفو عن الجناية عفو عن الدية بالاتفاق والعفو عن القطع مطلقا عفو عن الدية عن القطع مطلقا عفو عن الدية عندهما إذا كان خطأ وعند أبي حنيفة يكون عفوا عن أرش اليد لاغير والعفو عن الشجة عفو عن الدية إذا سرت عندهما وعنده عن أرش الشجة لا غير والقطع إن كان خطأ وجبت الدية من ثلث المال وإن كا ن عمدا فهو جميع المال عند أبي حنيفة رحمه الله اه

الصلح في القتل عمدا على مال

اتفق الأئمة على أنه إذا اصطلح القاتل وأولياء القتيل على مال سقط القصاص ووجب المال قليلا كان أو كثيرا زائدا على مقدار الدية لقوله تعالى : ﴿ فمن عفي له من أخيه شيء فاتباع بالمعروف وأداء إليه بإحسان ﴾ على ماقيل : إن الآية نزلت في الصلح وهو قول ابن عباس والحسن والضحاك ومجاهد وهو موافق للام فإن لفظ (عفا) إذا استعمل باللام كان معناه البدل أي فمن أعطى من جهة أخيه في الدين المقتول شيئا من المال بطريق الصلح عن مجاملة وحسن معاملة

ولأن القصاص حق ثابت للورثة يجري فيه الإسقاط عفوا فكذا تعويضا لاشتماله على إحسان الأولياء وإحياء القاتل فيجوز بالتراضي والقليل والكثيرفيه سواء لأنه ليس فيه نص مقدر فيفوض إلى اصطلاحهما كالخلع وغيره وإن لم يذكروا خالا ولا مؤجلا فهو حال لأنه مال واجب بالعقد والأصل في أمثاله الحلول مثل المهر والثمن بخلاف الدية لانها ما وجبت بالعقد

المالكية قالوا : يجوز صلح الجاني مع ولي الدم في القتل العمد ومع المجني عليه في الجرح العمد بأقل من الدية أو أكثر منها حالا ومؤجلا بذهب أو فضة أو عرض

عفو احد الشركاء في الدم

الحنفية قالوا : إذا عفا احد الشركاء في الجم أو صالح عن حقه على عوض سقط حق الباقين في القصاصن وكان لهم نصيبهم من الدية لان الدية متجزئة لكونها من قبيل الأموال في الجملة بالاتفاق فيجب أن يكونا للجميع حتى للزوجين لأن وجوبهما اولا للميت ثم يثبت للورثة . ولا يقع للميت إلا بأن يسند الوجوب إلى سببه وهو الجرح فكانا كسائر الأموال في ثبوتهما قبل الموت ألا ترى أنه إذا أوصى بثلث ماله دخلت دينه فهيا وتعضى منه ديونه وكان الإمام على رضي الله عنه يقسم الدية على من أحرز الميراثن وكفى به قدوة وإذا ثبت ذلك فكل من الورثة يتمكن من الاستيفاء والعفو والزوجية تبقى بعد الموت حكما في

حق الإرث أو يثبت للورثة بعد الموت مستندا إلى سببه وهو الجرح وإذا سقط القصاص ينقلب نصيب الباقين مالا لأنه امتنع بمعنى راجع إلى القاتل وليس للعافي شيء من المال لأنه أسقط حقه بفعله ورضاه

الشافعية والمالكية – قالوا : إنه لا حظ للزوجين في القصاص والدية ولاحق لهما فيهما وذلك لأن الوراثة فيما يجب بعد الموت خلافة وهي فيه بالنسب لا السبب لانقطاعه بعد الموت . والزوجية تنقطع بالموت ولأن المالكية يقولون : لاحظ للنساء في القصاص والدية معا

والشافعية يقولون : لاحظ للناء في استيفاء القصاص ولهن حق العفو فقط اه

إذا اقتص من الجاني فمات

الشافعية والمالكية والحنابلة – قالوا : لو اقتص المجني عليه من الجاني بالعطع مثلا فمات من أثر القصاص بسبب السراية من العضو المقطوع فلا شيء على المجني عليه لأنه استوفى حقه وهو القطع ولا يمكن التقيد بوصف السلامة لما فيه من سد باب القصاص إذ الاحتراس عن السراية ليس في وسعه فصار كالإمام والبزاغ والحجام والمأمور قطع اليج ولقوله تعالى : ﴿ ولمن انتصر بعد ظلمه ﴾

الحنفية قالوا : إذا اقتص المجني عليه من الجاني فسرى القطع إلى الجسد ومات بسببه تجب الدية للورثة على عاقلة المقتص له لأنه قتل بغير حق لأن حقه القطع وهذا وقط قتلا ولهذا لو وقع ظلما لكان قتلا ووجب فيه القصاص ولأنه جرح أفضى إلى فوات الحياة في مجرى العادة وهو مسمى القتل إلا أن القصاص سقط للشبهةن فوجب المال بخلاف الإمام وغيرهن لأنه ملكف فيها بالفعل إما تقلدا كالإمام أو عقدا كما في غيره منها . فالقاضي إذا تقلد القضاء يجب عليه أن يحكم فإذا قطع يد السارق فمات من ذلك فإنه لا شيء عليه والواجبات لا تتقيد بوصف السلامة كالرمي إلى الحربي وفيما نحن فيه من الاستيفاء لا وجوب ولا التزام إذ هو مندوب إلى العفو فيكون من باب الإطلاق والإباحة قال تعالى : ﴿ وإن تعفوا اقرب للتقوى ﴾ ولو رمى صيدا فأصاب إنسانا ضمن كذا هذا ." (١)

"" صفحة رقم ٣٨٩ "

وقوله : ذهبت الرهن بما فيها .

وروي أن رجلا رهن عند آخر فرسا بدين له فنفقت ورفعت القصة

إلى النبي عليه السلام فقال للمرتهن : " ذهب حقك " .

الدليل من المعقول :

---

(١) الفقه على المذاهب الأربعة، المؤلف غير معروف ١٣١/٥

لنا :

لم يوجد سبب الضمان فلا يثبت لأنه تعلق الدين بالعين وذلك لا

يقتضي ضمانا ؛ لأن الحبس لتأكيد حقه فلا يجوز أن يجعل سببا

لإسقاطه وتوهينه ، وعندنا أنه إذا قبض استوفى عين حقه كما في السلم إذا

قبض المسلم فيه ، إذ لا يجوز قبض بدله .." (١)

"" صفحة رقم ٩٦ "

(المشروط على الشرط وإن أعتقناه بعد الأداء) كان حكما في محل لا يقبله

ويقدر الميت حيا على خلاف الحقيقة يصار إليه عند (ضرورة أو قيام دليل

ولم يوجد) ، أو صيانة العقد عن الانفساخ ليس من الضروريات .

أما إذا حفر بئرا ثم مات فلا حاجة إلى تقدير حياته فإن (الميت لا

ينعدم بل ينقل من دار) إلى دار ، والموت لا يخل بالذمة بدليل أن الضمان

على الميت المعسر يبقى بعد الموت ، " الآن بردت جلدته عن النار " فإذا

(حفر في حياته ثم سبب الضمان) ودلائل الفرق بين المالك والمملوك أنه

لو قال : إن مت فأنت حر ، صح ولو فتح التاء لم يصح بل لو قال : كاتبوا

عبدي (بعد موتي ، صح ، وأما تقدير الإنفاد فأبعد) كثيرا فإنه تقديم

المشروط على الشرط .

ومسألة الصيد فيها منع ، ونقول : يكون بمنزلة الشبكة أو (بقول

السبب قد انعقد بهذا) الصيد في حقه ، ثم العبد عاقد ومعقود عليه

فينفسخ العقد من حيث هو معقود عليه ، ونناقضهم بما إذا قذفه قاذف (في

حياته أو جرحه) وكان قد وصى بوصية .." (٢)

"=كتاب اللقطة

قال اللقطة أمانة إذا أشهد الملتقط أنه يأخذها ليحفظها ويردها على صاحبها لأن الأخذ على هذا الوجه مأذون فيه شرعا بل هو الأفضل عند عامة العلماء وهو الواجب إذا خاف الضياع على ما قالوا وإذا

---

(١) تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة، المؤلف غير معروف ٢/٣٨٩

(٢) تقويم النظر في مسائل خلافية ذائعة، المؤلف غير معروف ٥/٩٦

كان كذلك لا تكون مضمونة عليه وكذلك إذا تصادقا أنه أخذها للمالك لأن تصادقهما حجة في حقهما فصار كالبينة ولو أقر أنه أخذها لنفسه يضمن بالإجماع لأنه أخذ مال غيره بغير إذنه وبغير إذن الشرع وإن لم يشهد الشهود عليه وقال الآخذ أخذته للمالك وكذبه المالك يضمن عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله لا يضمن والقول قوله لأن الظاهر شاهد له لاختياره الحسبة دون المعصية ولهما أنه أقر **بسبب الضمان** وهو أخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الأخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأوما ذكر من الظاهر يعارضه مثله لأن الظاهر أن يكون المتصرف عاملا لنفسه ويكفيه في الإشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد رقطة فدلوه علي واحدة كانت اللقطة أو أكثر لأنه اسم جنس قال فإن كانت أقل من عشرة دراهم عرفها أياما وإن كانت عشرة فصاعدا عرفها حولا

قال العبد الضعيف وهذه رواية عن أبي حنيفة رحمه الله وقوله أياما معناه على حسب ما يرى وقدره محمد رحمه الله في الأصل بالحول من غير تفصيل بين القليل والكثير وهو قول مالك والشافعي رحمهما الله لقوله عليه الصلاة والسلام من التقط شيئا فليعرفه سنة من غير فصل وجه الأول أن التقدير بالحول ورد في لقطة كانت مائة دينار تساوي ألف درهم والعشرة وما فوقها في معنى الألف في تعلق القطع به في السرقة وتعلق استحلال الفرج به وليست في معناها في حق تعلق الزكاة فأوجبنا التعريف بالحول احتياطا وما دون العشرة ليس في معنى الألف بوجه ما ففوضنا إلى رأي المبتلى به وقيل الصحيح أن شيئا من هذه المقادير ليس بلازم ويفوض إلى رأي الملتقط يعرفها إلى أن يغلب على ظنه أن صاحبها لا يطلبها بعد ذلك ثم يتصدق بها وإن كانت اللقطة شيئا لا يبقى عرفه حتى إذا خاف أن يفسد تصدق به وينبغي أن يعرفها في الموضع الذي أصابها وفي الجامع فإن ذلك أقرب إلى الوصول إلى صاحبها وإن كانت اللقطة شيئا يعلم أن صاحبها لا يطلبها

." (١)

"

ولو زعم المقطوع يده أو المأخوذ ماله أنه فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل فالقول القاضي أيضا وهو الصحيح لأنه أسند فعله إلى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما إذا قال طلقت أو أعتقت وأنا مجنون والجنون منه كان معهودا

---

(١) الهداية شرح البداية، المؤلف غير معروف ١٧٥/٢

ولو أقر القاطع أوالآخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي يضمنان لأنهما أقرا بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان على غيره بخلاف الأول لأنه ثبت فعله في قضائه بالتصادق ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد أقر بما أقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضائه أو ادعى أنه فعله في غير قضائه يؤخذ منه لأنه أقر أن اليد كانت له فلا يصدق في دعوى تملكه إلا بحجة وقول المعزول فيه ليس بحجة = كتاب الشهادات

قال الشهادة فرض تلزم الشهود ولا يسعهم كتمانها إذا طالبهم المدعي لقوله تعالى ﴿ ولا يأب الشهداء إذا ما دعوا ﴾ وقوله تعالى ﴿ ولا تكتموا الشهادة ومن يكتمها فإنه آثم قلبه ﴾ وإنما يشترط طلب المدعي لأنها حق فيتوقف على طلبه كسائر الحقوق

والشهادة في الحدود يخير فيها الشاهد بين الستر والإظهار لأنه بين حسبتين إقامة الحد والتوقي عن الهتك والستر أفضل لقوله عليه الصلاة والسلام للذي شهد عنده لو سترته بثوبك لكان خيرا لك وقال عليه الصلاة والسلام من ستر على مسلم ستر الله عليه في الدنيا والآخرة وفيما نقل من تلقين الدرء عن النبي عليه الصلاة والسلام وأصحابه رضي الله عنهم دلالة ظاهرة على أفضلية الستر إلا أنه يجب أن يشهد بالمال في السرقة فيقول أخذ إحياء لحق المسروق منه ولا يقول سرق محافظة على الستر ولأنه لو ظهرت السرقة لوجب القطع والضمان لا يجامع القطع فلا يحصل إحياء حقه

والشهادة على مراتب منها الشهادة في الزنا يعتبر فيها أربعة من الرجال لقوله تعالى ﴿ واللاتي يأتين الفاحشة من نسائكم فاستشهدوا عليهن أربعة منكم ﴾ ولقوله تعالى ﴿ ثم لم يأتوا بأربعة شهداء ﴾ ولا تقبل فيها شهادة النساء لحديث الزهري مضت السنة من لدن رسول الله صلى الله عليه وسلم والخليفتين من بعده أن لا شهادة للنساء

---

(١) ".

" فصل

قال أبو حنيفة رحمه الله شاهد الزور أشهره في السوق ولا أعزره وقالا نوجعه ضربا ونحبسه وهو قول الشافعي رحمه الله لهما ما روي عن عمر رضي الله عنه أنه ضرب شاهد الزور أربعين سوطا وسخم وجهه ولأن هذه كبيرة يتعدى ضررها إلى العباد وليس فيها حد مقدر فيعزر وله إن شريحا كان يشهره ولا يضرب

---

(١) الهداية شرح البداية، المؤلف غير معروف ٣/١١٦

ولأن الانزجار يحصل بالتشهير فيكتفى به والضرب وإن كان مبالغة في الزجر ولكنه يقع مانعا عن الرجوع فوجب التخفيف نظرا إلى هذ الوجه وحديث عمر رضي الله عنه محمول على السياسة بدلالة التبليغ إلى الآربعين والتسخيم ثم تفسير التشهير منقول عن شريح رحمه الله فإنه كان يبعثه إلى سوقه إن كان سوقيا وإلى قومه إن كان غير سوقي بعد العصر أجمع ما كانوا ويقول إن شريحا يقرأ عليكم السلام ويقول إنا وجدنا هذا شاهد زور فاحذروه وحذروا الناس منه وذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله أنه يشهر عندهما أيضا والتعزير والحبس على قدر ما يراه القاضي عندهما وكيفية التعزير ما ذكرناه في الحدود

وفي الجامع الصغير شاهدان أقرا أنهما شهدا بزور لم يضربا وقالا يعزران وفائدته أن شاهد الزور في حق ما ذكرناه من الحكم هو المقر على نفسه بذلك فأما لا طريق إلى إثبات ذلك بالبينة لأنه نفي للشهادة والبينات للإثبات والله أعلم بالصواب وإليه المرجع والمآب = كتاب الرجوع عن الشهادة

قال وإذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت لأن الحق إنما يثبت بالقضاء والقاضي لا يقضى بكلام متناقض ولا ضمان عليهما لأنهما ما أتلفا شيئا لا على المدعي ولا على المدعي عليه فإن حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم لأن آخر كلامهم يناقض أوله فلا ينقض الحكم بالتناقض ولأنه في الدلالة على الصدق مثل الأول وقد ترجيح الأول باتصال القضاء به وعليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم لإقرارهم على أنفسهم بسبب الضمان والتناقض لا يمنع صحة الإقرار وسنقرره من بعد إن شاء الله تعالى

ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم لأنه فسخ للشهادة فيختص بما تختص به

---

(١) ".

"لشهادة من المجلس وهو مجلس القاضي أي قاض كان ولأن الرجوع توبة والتوبة على حسب الجناية فالسر بالسر والإعلان بالإعلان وإذا لم يصح الرجوع في غير مجلس القاضي فلو ادعى المشهود عليه رجوعهما وأراد يمينهما لا يحلفان وكذا لا تقبل بينته عليهما لأنه ادعى رجوعا باطلا حتى لو أقام البينة أنه رجع عند قاضي كذا وضمنه المال تقبل لأن السبب صحيح وإذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه لأن التسبيب على وجه التعدي سبب الضمان كحافر البئر وقد سببا للإتلاف تعديا وقال الشافعي رحمه الله لا يضمنان لآنه لا عبرة للتسبيب عند وجود المباشرة قلنا تعذر إيجاب الضمان على المباشر وهو القاضي لأنه كالملجأ إلى القضاء وفي إيجابه صرف الناس عن تقلده

---

(١) الهداية شرح البداية، المؤلف غير معروف ١٣٢/٣

وتعذر استيفاؤه من المدعي لأن الحكم ماض فاعتبر التسبيب وإنما يضمنان إذا قبض المدعي المال دينا كان أو عينا لأن الإتلاف به يتحقق ولأنه لا مماثلة بين أخذ العين وإلزام الدين

قال فإن رجع أحدهما ضمن النصف والأصل أن المعتبر في هذا بقاء من بقي لا رجوع من رجع وقد بقي من يبقى بشهادته نصف الحق وإن شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق وهذا لأن الاستحقاق باق بالحجة والمتلف متى استحق سقط الضمان فأولى أن يمتنع فإن رجع آخر ضمن الراجعان نصف الحق لآن ببقاء أحدهم يبقى نصف الحق وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق لبقاء ثلاثة الأرباع ببقاء من بقي وإن رجعتا ضمنتا نصف الحق لأن بشهادة الرجل بقي نصف الحق وإن شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان فلا ضمان عليهن لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق فإن رجعت أخرى كان عليهن ربع الحق لأنه بقي النصف بشهادة الرجل والربع بشهادة الباقية فبقي ثلاثة الأرباع وإن رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق وعلى النسوة خمسة أسداسه عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا على الرجل النصف وعلى النسوة النصف لأنهن وإن كثرن يقمن مقام رجل واحد ولهذا لا تقبل شهادتهن إلا بانضمام رجل واحد

ولأبي حنيفة رحمه الله أن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد قال عليه الصلاة والسلام في نقصان عقلهن عدلت شهادة اثنتين منهن شهادة رجل واحد فصار كما إذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا وإن رجع النسوة العشرة دون الرجل كان عليهن نصف الحق على القولين لما قلنا

" (١).

"إلى العقود لتعينها مشروعة لا إلى الاستهلاك المحرم ولو قال اغتصبت منه ألفا أو قال أودعني ثم قال هي زيوف أو نبهرجة صدق وصل أم فصل لأن الإنسان يغصب ما يجد ويودع ما يملك فلا مقتضى له في الجياد ولا تعامل فيكون بيان النوع فيصح وإن فصل ولهذا لو جاء زاد المغصوب والوديعة بالمعيب كان القول قوله وعن أبي يوسف رحمه الله أنه لا يصدق فيه مفصولا اعتبارا بالقرض إذ القبض فيهما هو الموجب للضمان ولو قال هي ستوقة أو رصاص بعد ما أقر بالغصب والوديعة ووصل صدق وإن فصل لم يصدق لأن الستوقة ليست من جنس الدراهم لكن الاسم يتناولها مجازا فكان بيانا مغيرا فلا بد من الوصل

---

(١) الهداية شرح البداية، المؤلف غير معروف ١٣٣/٣

وإن قال في هذا كله ألفا ثم قال إلا أنه ينقص كذا لم يصدق وإن وصل صدق لأن هذا استثناء المقدار والاستثناء يصح موصولا بخلاف الزيافة لأنها وصف واستثناء الأوصاف لا يصح واللفظ يتناول المقدار دون الوصف وهو تصرف لفظي كما بينا ولو كان الفصل ضرورة انقطاع الكلام بانقطاع نفسه فهو واصل لعدم إمكان الاحتراز عنه ومن أقر بغصب ثوب ثم جاء بثوب معيب فالقول قوله لأن الغصب لا يختص بالسليم ومن قال لآخر أخذت منك ألف درهم وديعة فهلكت فقال لا بل أخذتها غصبا فهو ضامن وإن قال أعطيتنيها وديعة فقال لا بل غصبتنيها لم يضمن والفرق أن في الفصل الأول أقر **بسبب الضمان** وهو الأخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الإذن والآخر ينكره فيكون القول له مع اليمين وفي الثاني أضاف الفعل إلى غيره وذاك يدعى عليه **سبب الضمان** وهو الغصب فكان القول لمنكره مع اليمين والقبض في هذا كالأخذ والدفع كالإعطاء

فإن قال قائل الإعطاء والدفع إليه لا يكون إلا بقبضه

فنقول قد يكون بالتخلية والوضع بين يديه ولو اقتضى ذلك فالمقتضى ثابت ضرورة فلا يظهر في انعقاده **سبب الضمان** وهذا بخلاف ما إذا قال أخذتها منك وديعة وقال الآخر لا بل قرضا حيث يكون القول للمقر وإن أقر بالأخذ لأنهما توافقا هناك على أن الأخذ كان بالإذن إلا أن المقر له يدعى **سبب الضمان** وهو الفرض والآخر ينكره فافترقا فإن قال هذه الألف كانت وديعة لي عند فلان فأخذتها منه فقال فلان هي لي فإنه يأخذها لأنه أقر باليد له وادعى استحقاقها عليه وهو ينكر والقول للمنكر ولو قال

---

(١) ".

"آجرت دابتي هذه فلانا فركبها وردها أو قال آجرت ثوبي هذا فلانا فلبسه ورده وقال فلان كذبت وهما لي فالقول قوله وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقال أبو يوسف ومحمد رحمهما الله القول قول الذي أخذ منه الدابة والثوب وهو القياس وعلى هذا الخلاف في الإعارة والإسكان ولو قال خاط فلان ثوبي هذا بنصف درهم ثم قبضته وقال فلان الثوب ثوبي فهو علي هذا الخلاف في الصحيح وجه القياس ما بيناه في الوديعة

---

(١) الهداية شرح البداية، المؤلف غير معروف ١٨٧/٣

وجه الاستحسان وهو الفرق أن اليد في الإجارة والإعارة ضرورية تثبت ضرورة استيفاء المعقود عليه وهو المنافع فيكون عدما فيما وراء الضرورة فلا يكون إقرارا له باليد مطلقا بخلاف الوديعة لأن اليد فيها مقصودة والإيداع إثبات اليد قصدا فيكون الإقرار به اعترافا باليد للمودع

ووجه آخر أن في الإجارة والإعارة والإسكان أقر بيد ثابتة من جهة فيكون القول قوله في كيفيته ولا كذلك في مسألة الوديعة لأنه قال فيها كانت وديعة وقد تكون من غير صنعه حتى لو قال أودعتها كان على هذا الخلاف وليس مدار الفرق على ذكر الأخذ في طرف الوديعة وعدمه في الطرف الآخر وهو الإجارة وأختاها لأنه ذكر الأخذ في وضع الطرف الآخر وهو الإجارة في كتاب الإقرار أيضا وهذا بخلاف ما إذا قال اقتضيت من فلان ألف درهم كانت لي عليه أو أقرضته ألفا ثم أخذتها منه وأنكر المقر له حيث يكون القول قوله لأن الديون تقضى بأمثالها وذلك إنما يكون بقبض مضمون فإذا أقر بالاقتضاء فقد أقر **بسبب الضمان** ثم ادعى تملكه عليه بما يدعيه عليه من الدين مقاصة والآخر ينكره

أما ههنا المقبوض عين ما ادعى فيه الإجارة وما أشبهها فافترقا ولو أقر أن فلانا زرع هذه الأرض أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم وذلك كله في يد المقر فادعاها فلان وقال المقر لا بل ذلك كله لي استعنت بك ففعلت أو فعلته بأجر فالقول للمقر لأنه ما أقر له باليد وإنما أقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملك في يد المقر وصار كما إذا قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن إقرارا باليد ويكون القول للمقر لأنه أقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هذا

---

(١) ".

"**سبب الضمان** قد زال وهو البيع والتسليم وصار كالغاصب إذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد على المالك ويسترد القيمة كذا هذا

قال ولو كان المولى باعه من رجل وأعلمه بالدين فللغرماء أن يردوا البيع لتعلق حقهم وهو حتى الاستسعاء والاستيفاء من رقبته وفي كل واحد منهما فائدة فالأول تام مؤخر والثاني ناقص معجل وبالبيع تفوت هذه الخيرة فلهذا كان لهم أن يردوه قالوا تأويله إذا لم يصل إليهم الثمن فإن وصل ولا محاباة في البيع ليس لهم أن يردوه لوصول حقهم إليهم

---

(١) الهداية شرح البداية، المؤلف غير معروف ٣/١٨٨

قال فإن كان البائع غائبا فلا خصومة بينهم وبين المشتري معناه إذا أنكر الدين وهذا عند أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله وقال أبو يوسف رحمه الله المشتري خصمهم ويقضي لهم بدينهم وعلى هذا الخلاف إذا اشترى دارا ووهبها وسلمها وغاب ثم حضر الشفيع فالموهوب له ليس بخصم عندهما خلافا له وعنهما مثل قوله في مسألة الشفعة لأبي يوسف رحمه الله أنه يدعي الملك لنفسه فيكون خصما لك من ينازعه ولهما أن الدعوى تتضمن فيخ العقد وقد قام بهما فيكون الفسخ قضاء على الغائب

قال ومن قدم مصرا وقال أنا عبد لفلان فاشترى وباع لزمه كل شيء من التجارة لأنه إن أخبر بالإذن فالإخبار دليل عليه وإن لم يخبر فتصرفه دليل عليه إذ الظاهر أن المحجور يجري على موجب حجره والعمل بالظاهر هو الأصل في المعاملات كيلا يضيق الأمر على الناس إلا أنه لا يباع حتى يحضر مولاه لأنه لا يقبل قوله في الرقبة لأنها خالص حق المولى بخلاف الكسب لأنه حق العبد على ما بينا فإن حضر وقال هو مأذون بيع في الدين لأنه ظهر الدين في حق المولى وإن قال هو محجور فالقول قوله لأنه متمسك بالأصل فصل

وإذا أذن ولى الصبي للصبي في التجارة فهو في البيع والشراء كالعبد المأذون إذا كان يعقل البيع والشراء حتى ينفذ تصرفه وقال الشافعي رحمه الله لا ينفذ لأن حجره لصباه فيبقى ببقائه ولأنه مولى عليه حتى يملك الولي التصرف عليه ويملك حجره فلا يكون واليا للمنافاة وصار كالطلاق والعتاق بخلاف الصوم والصلاة لأنه لا يقام بالولي وكذلك الوصية على أصله فتحققت الضرورة إلى تنفيذه منه

". (١)

"الخلاف إذا آجر المستعير المستعار لأبي يوسف رحمه الله أنه حصل في ضمانه وملكه أما الضمان فظاهر وكذلك الملك في المضمون لأن المضمونات تملك بأداء الضمان مستندا إلى وقت الغصب عندنا ولهما أنه حصل بسبب خبيث وهو التصرف في ملك الغير وما هذا حاله فسبيله التصدق إذ الفرع يحصل على وصف الأصل والملك المستند ناقص فلا ينعدم به الخبث

فلو هلك العبد في يد الغاصب حتى ضمنه له أن يستعين بالغلة في أداء الضمان لأن الخبث لأجل المالك ولهذا لو أدى إليه يباح له التناول فيزول الخبث بالأداء إليه بخلاف ما إذا باعه فهلك في يد المشتري ثم استحق وغرمه ليس له أن يستعين بالغلة في أداء الثمن إليه لأن الخبث ما كان لحق المشتري

---

(١) الهداية شرح البداية، المؤلف غير معروف ٤/ ١٠

إلا إذا كان لا يجد غيره لأنه محتاج إليه فله أن يصرفه إلى حاجة نفسه فلو أصاب مالا تصدق بمثله إن كان غنيا وقت الاستعمال وإن كان فقيرا فلا شيء عليه لما ذكرنا

قال ومن غصب ألفا فاشترى بها جارية فباعها بألفين ثم اشترى بالألفين جارية فباعها بثلاثة آلاف درهم فإنه يتصدق بجميع الربح وهذا عندهما وأصله أن الغاصب أو المودع إذا تصرف في المغصوب أو الوديعة وربح لا يطيب له الربح عندهما خلافا لأبي يوسف رحمه الله وقد مرت الدلائل وجوابهما في الوديعة أظهر لأنه لا يستند الملك إلى ما قبل التصرف لانعدام **سبب الضمان** فلم يكن التصرف في ملكه ثم هذا ظاهر فيما يتعين بالإشارة أما فيهما لا يتعين كالثمنين فقوله في الكتاب اشترى بها إشارة إلى أن التصدق إنما يجب إذا اشترى بها ونقد منها الثمن أما إذا أشار إليها ونقد من غيرها أو نقد منها وأشار إلى غيرها أو أطلق إطلاقا ونقد منها يطيب له وهكذا قال الكرخي رحمه الله لأن الإشارة إذا كانت لا تفيد التعيين لا بد أن يتأكد بالنقد ليتحقق الخبث وقال بعض مشايخنا رحمهم الله لا يطيب له قبل أن يضمن وكذا بعد الضمان بكل حال وهو المختار لإطلاق الجواب في الجامعين والمبسوط

قال وإن اشترى بالألف جارية تساوي ألفين فوهبها أو طعاما فأكله لم يتصدق بشيء وهذا قولهم جميعا لأن الربح إنما يتبين عند اتحاد الجنس والله سبحان وتعالى أعلم

---

(١) ".

"حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به إما لا حق له في هذه العقود لأنه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الإجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لافي المنفعة فكانت إجازته إسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الأول فوضح الفرق

قال ولو أعتق الرهن عبد الرهن نفذ عتقه وفي بعض أقوال الشافعي رحمه الله لا ينفذ إذا كان المعتق معسرا لأن في تنفيذه إبطال حق المرتهن فأشبه البيع بخلاف ما إذا كان موسرا حيث ينفذ على بعض أقواله لأنه لا يبطل حقه معنى بالتضمين وبخلاف إعتاق المستأجر لأن الإجارة تبقى مدتها إذ الحر يقبلها أما مالا يقبل الرهن فلا يبقى ولنا أنه مخاطب اعتق ملك نفسه فلا يلغو تصرفه بعدم إذن المرتهن كما إذا أعتق العبد المشتري قبل القبض أو أعتق الآبق أو المغصوب ولا خفاء في قيام ملك الرقبة لقيام المقتضي وعارض الرهن لا ينبىء عن زواله ثم إذا زال ملكه في الرقبة بإعتاقه يزول ملك المرتهن في اليد بناء عليه كإعتاق

---

(١) الهداية شرح البداية، المؤلف غير معروف ٤/١٤

العبد المشترك بل أولى لأن ملك الرقبة أقوى من ملك اليد فلما لم يمنع الأعلى لا يمنع الأدنى بالطريق الأولى وامتناع النفاذ في البيع والهبة لانعدام القدرة على التسليم وإعتاق الوارث العبد الموصى برقبته لا يلغو بل يؤخر إلى أداء السعاية عند أبي حنيفة رحمه الله وإذا نفذ الإعتاق بطل الرهن لفوات محله ثم بعد ذلك إن كان الراهن موسرا والدين حالا طولب بأداء الدين لأنه لو طولب بأداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه وإن كان الدين مؤجلا أخذت منه قيمة العبد وجعلت رهنا مكانه حتى يحل الدين لأن **سبب الضمان** متحقق وفي التضمين فائدة فإذا حل الدين اقتضاه بحقه إذا كان من جنس حقه ورد الفضل وإن كان معسرا سعى العبد في قيمته وقضى به الدين إلا إذا كان بخلاف جنس حقه لأنه لما تعذر الوصول إلى عين حقه من جهة المعتق يرجع إلى من ينتفع بعتقه وهو العبد لأن الخراج بالضمان

قال رضي الله عنه وتأويله إذا كانت القيمة أقل من الدين أما إذا كان الدين أقل نذكره إن شاء الله تعالى ثم يرجع بما سعى على مولاه إذا أيسر لأنه قضى دينه وهو مضطر فيه بحكم الشرع فيرجع عليه بما تحمل عنه بخلاف المستسعى في الإعتاق لأنه يؤدي ضمانا عليه لأنه إنما يسعى لتحصيل العتق عنده وعندهما لتكميله وهنا يسعى في ضمان على غيره بعد تمام إعتاقه فصار كمعير الرهن ثم أبو حنيفة رحمه الله أوجب السعاية في المستسعى المشترك في حالتي اليسار والإعسار وفي العبد المرهون شرط الإعسار لأن

". (١)

"الدية في ماله وإن عفا عن القطع وما يحدث منه ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس ثم إن كان خطأ فهو من الثلث وإن كان عمدا فهو من جميع المال وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله وقالا إذا عفي عن القطع فهو عفو عن النفس أيضا وعلى هذا الخلاف إذا عفا عن الشجة ثم سرى إلى النفس ومات لهما أن العفو عن القطع عفو عن موجبه وموجبه القطع لو اقتصر أو القتل إذا سرى فكان العفو عنه عفوا عن أحد موجبيه أيهما كان ولأن اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فيكون العفو عن القطع عفوا عن نوعيه وصار كما إذا عفا عن الجناية فإنه يتناول الجناية السارية والمقتصرة كذا هذا وله أن **سبب الضمان** قد تحقق وهو قتل نفس معصومة متقومة والعفو لم يتناوله بصريحه لأنه عفا عن القطع وهو غير القتل وبالسراية تبين أن الواقع قتل وحقه فيه ونحن نوجب ضمانه وكان ينبغي أن يجب القصاص وهو القياس لأنه هو الموجب

---

(١) الهداية شرح البداية، المؤلف غير معروف ٤/١٤٦

للعمد إلا أن في الاستحسان تجب الدية لأن صورة العفو أورثت شبهة وهي دارئة للقود ولا نسلم أن الساري نوع من القطع وأن السراية صفة له بل الساري قتل من الابتداء وكذا لا موجب له من حيث كونه قطعا فلا يتناوله العفو بخلاف العفو عن الجناية لأنه اسم جنس وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها لأنه صريح في العفو عن السراية والقتل ولو كان القطع خطأ فقد أجراه مجرى العمد في هذه الوجوه وفاقا وخلافا آذن بذلك إطلاقه إلا أنه إن كان خطأ فهو من الثلث وإن كان عمدا فهو من جميع المال لأن موجب العمد القود ولم يتعلق به حق الورثة لما أنه ليس بمال فصار كما إذا أوصى بإعارة أرضه أما الخطأ فموجبه المال وحق الورثة يتعلق به فيعتبر من الثلث

قال وإذا قطعت المرأة يد رجل فتزوجها على يده ثم مات فلها مهر مثلها وعلى عاقلتها الدية إن كان خطأ وإن كان عمدا ففي مالها وهذا عند أبي حنيفة رحمه الله لأن العفو عن اليد إذا لم يكن عفوا عما يحدث منه عنده فالتزوج على اليد لا يكون تزوجا على مايحدث منه ثم القطع إذا كان عمدا يكون هذا تزوجا على القصاص في الطرف وهو ليس بمال فلا يصلح مهرا لا سيما على تقدير السقوط فيجب مهر المثل وعليها الدية في مالها لأن التزوج وإن كان يتضمن العفو على ما نبين إن شاء الله تعالى لكن عن القصاص في الطرف في هذه الصورة وإذا سرى تبين أنه قتل النفس ولم يتناوله العفو فتجب الدية وتجب في مالها لأنه عمد والقياس أن يجب القصاص على ما بيناه وإذا وجب لها مهر المثل وعليها الدية

.". (١)

"عليه ما ذكرنا وقوله عليه الصلاة والسلام الرجل جبار ومعناه النفحة بالرجل وانتقال الفعل بتخويف القتل كما في المكره وهذا تخويف بالضرب

قال وفي الجامع الصغير وكل شيء ضمنه الراكب ضمنه السائق والقائد لأنهما مسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة إلى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب

قال إلا أن على الراكب الكفارة فيما أوطأته الدابة بيدها أو برجلها قال ولا كفارة عليها ولا على الراكب فيما وراء الإيطاء لأن الراكب مباشر فيه لأن التلف بثقله وثقل الدابة تبع له لأن سير الدابة مضاف إليه وهي آله له وهما مسببان لأنه لا يتصل منهما إلى المحل شيء وكذا الراكب في غير الإبطاء والكفارة

---

(١) الهداية شرح البداية، المؤلف غير معروف ١٧١/٤

حكم المباشرة لا حكم االتسبب وكذا يتعلق بالإبطاء في حق الراكب حرمان الميراث والوصية دون السائق والقائد لأنه يختص بالمباشرة

قال ولو كان راكب وسائق قيل لا يضمن السائق ما أوطأت الدابة لأن الراكب مباشر فيه لما ذكرناه والسائق مسبب والإضافة إلى المباشر أولى وقيل الضمان عليهما لأن كل ذلك سبب الضمان

قال وإذا اصطدم فارسان فماتا فعلى عاقلة كل واحد منهما دية الآخر وقال زفر والشافعي رحمهما الله يجب على عاقلة كل واحد منهما نصف دية الآخر لما روى ذلك عن علي رضي الله عنه ولأن كل واحد منهما مات بفعله وفعل صاحبه لأنه بصدمته آلم نفسه وصاحبه فيهدر نصفه ويعتبر نصفه كما إذا كان الاصطدام عمدا أو جرح كل واحد منهما نفسه وصاحبه جراحة أو حفرا على قارعة الطريق بئرا فانهار عليهما يجب على كل واحد منهما النصف فكذا هذا ولنا أن الموت يضاف إلى فعل صاحبه لآن فعله في نفسه مباح وهو المشي في الطريق فلا يصلح مستندا للإضافة في حق الضمان كالماشي إذا لم يعلم بالبئر ووقع فيها لايهدر شيء من دمه وفعل صاحبه وإن كان مباحا لكن الفعل المباح في غيره سبب للضمان كالنائم إذا انقلب على غيره وروي عن علي رضي الله عنه أنه أوجب على كل واحد منهما كل الدية فتعارضت رواياته فرجحتا بما ذكرنا وفيما ذكر من ا لمسائل الفعلان محظوران فوضح الفرق هذا الذي ذكرنا إذا كانا حرين في العمد والخطأ ولو كانا عبدين يهدر الدم في الخطألأن الجناية تعلقت برقبته دفعا وفداء

---

(١) ".

"وقد فاتت لا إلى خلف من غير فعل المولى فهدر ضرورة وكذا في العمد لأن كل واحد منهما هلك بعد ما جنى ولم يخلف بدلا ولو كان أحدهما حرا والآخر عبدا ففي الخطأ تجب على عاقلة الحر المقتول فيمة العبد فيأخذها ورثة المقتول الحر ويبطل حق الحر المقتول في الدية فيما زاد على القيمة لأن أصل أبي حنيفة ومحمد رحمهما الله تجب القيمة على العاقلة لأنه ضمان الآدمي فقد أخلف بدلا بهذا القدر فيأخذه ورثة الحر المقتول ويبطل ما زاد عليه لعدم الخلف وفي العمد يجب على عاقلة الحر نصف قيمة العبد لأن المضمون هو النصف في العمد وهذا القدر يأخذه ولي المقتول وماعلى العبد في رقبته وهو نصف دية الحر يسقط بموته إلا قدر ما أخلف من البدل وهو نصف القيمة

---

(١) الهداية شرح البداية، المؤلف غير معروف ٤/١٩٩

قال ومن ساق دابة فوقع السرج على رجل فقتله ضمن وكذا على هذا سائر أدواته كاللجام ونحوه وكذا ما يحمل عليها لأنه متعد في هذا التسبيب لآن الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد أو الإحكام فيه بخلاف الرداء لأنه لا يشد في العادة ولأنه قاصد لحفظ هذه الأشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس على ما مر من قبل فيقيد بشرط السلامة

قال ومن قاد قطارا فهو ضامن لما أوطأ فإن وطيء بعير إنسانا ضمن به القائد والدية على العاقلة لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه ذلك وقد صار متعديا بالتقصير فيه والتسبيب بوصف التعدي **سبب للضمان** إلا أن ضمان النفس على العاقلة فيه وضمان المال في ماله وإن كان معه سائق فالضمان عليهما لأن قائد الواحد قائد الكل وكذا سائقه لاتصال الأزمة وهذا إذا كان السائق في جانب من الإبل

أما إذا كان توسطها وأخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه لأن القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمان والسائق يسوقه ما يكون قدامه

قال وإن ربط رجل بعيرا إلى القطار والقائد لا يعلم فوطيء المربوط إنسانا فقتله فعلى عاقلة القائد الدية لأنه يمكنه صيانة القطار عن ربط غيره فإذا ترك الصيانة صار متعديا وفي التسبيب الدية على العاقلة كما في القتل الخطأ ثم يرجعون بها على عاقلة الرابط لأنه هو الذي أوقعهم في هذه العهدة وإنما لا يجب الضمان عليهما في الابتداء وكل منهما سبب لأن الربط من القود بمنزلة التسبيب من المباشرة لاتصال التلف بالقود دون الربط

(١) ".

"وهي منكرة والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد إليها ولهما أنه أقر **بسبب الضمان** ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى مفقوءة فإ القول قول المقر له وهذا لأنه ما أسنده إلى حالة منافية للضمان لأنه يضمن يدها لو قطعها وهي مديونة وكذا يضمن مال الحربي إذا أخذه وهو مستأمن بخلاف الوطء والغلة لأن وطء المولى أمته المديونة لا يوجب العقر وكذا أخذه من غلتها وإن كانت مديونة لا يوجب الضمان عليه فحصل الإسناد إلى حالة معهودة منافية للضمان

(١) الهداية شرح البداية، المؤلف غير معروف ٤/٢٠٠

قال وإذا أمر العبد المحجور عليه صبيا حرا بقتل رجل فقتله فعلى عاقلة الصبي الدية لأنه هو القاتل حقيقة وعمده وخطؤه سواء على ما بينا من قبل ولا شيء على الآمر وكذا إذا كان الآمر صبيا لأنهما لا يؤاخذان بأقوالهما لأن المؤاخذة فيها باعتبار الشرع وما اعتبر قولهما ولا رجوع لعاقلة الصبي على الصبي الآمر أبدا ويرجعون على العبد الآمر بعد الإعتاق لأن عدم الاعتبار لحق المولى وقد زال لا لنقصان أهلية العبد بخلاف الصبي لأنه قاصر الأهلية

قال وكذلك إن أمرعبدا معناه أن يكون الآمر عبدا والمأمور عبدا محجورا عليهما يخاطب مولى القاتل بالدفع أو للفداء ولا رجوع له على الأول في الحال ويجب أن يرجع به العتق بأقل من الفداء وقيمة العبد لآنه غير مضطر في دفع الزيادة وهذا إذا كان القتل خطأ وكذا إذا كان عمدا والعبد القاتل صغيرا لأن عمده خطأ أما إذا كان كبيرا يجب القصاص لجريانه بين الحر والعبد

قال وإذا قتل العبد رجلين عمدا ولكل واحد منهما وليان فعفا أحد ولي كل واحد منهما فإن المولى يدفع نصفه إلى الآخرين أو يفديه بعشرة آلاف درهم لأنه لما عفا أحد ولي كل واحد منهما سقط القصاص وانقلب مالا فصار كما لو وجب المال من الابتداء وهذا لأن حقهم في الرقبة أو في عشرين ألفا وقد سقط نصيب العافيين وهو النصف وبقي النصف

فإن كان قتل أحدهما عمدا والآخر خطأ فعفا أحد وليي العمدفإن فداه المولى فداه بخمسة عشر ألفا خمسة آلاف الذي لم يعف من ولي العمد وعشرة آلاف لوليي لخطأ لأنه لما انقلب العمد مالا كان حق ولي الخطأفي كل الدية عشرة آلاف وحق أحد ولي

" (١).

"(وإذا قتل الأب ابنه عمدا فالدية في ماله في ثلاث سنين) وكذا لو شاركه في قتله أجنبي فالدية عليهما، وسقط عنه القصاص، وإذا اشترك عامدان في قتل رجل فعفي عن أحدهما فالمشهور أن الآخر يجب عليه القصاص، وعن أبي يوسف لا قصاص عليه، لأنه لما سقط عن أحدهما صار كأن جميع النفس مستوفاة بفعله، كذا في الكرخي، جوهرة.

(وكل جناية اعترف بها الجاني فهي في ماله، ولا يصدق على عاقلته) ويجب حالا، لأنه التزمه بإقراره.

(وعمد الصبي والمجنون خطأ)، لأنه ليس لهما قصد صحيح؛ ولذا لم يأثما (و) يجب (فيه الدية على

(١) الهداية شرح البداية، المؤلف غير معروف ٢٠٨/٤

العاقلة) ولا يحرم الميراث، لأنه للعقوبة، وهما ليسا من أهل العقوبة.

(ومن حفر بئرا في طريق المسلمين أو وضع حجرا) أو خشبة أو تربا (فتلف بذلك إنسان فديته على عاقلته)، لوجوبها بتسببه (وإن تلف فيها بهيمة فضمانها في ماله) لأنه ضمان مال، وضمان المال لا تحمله العاقلة (وإن أشرع): أي أخرج ﴿في الطريق روشنا﴾ كظلة وجزع وممر علو (أو ميزابا) أو نحو ذلك (فسقط على إنسان فعطب): أي هلك (فالدية على عاقلته)، لوجوبها بتسببه، هذا إن أصابه الطرف الخارج؛ أما لو أصابه الطرف الداخل الذي هو في حائطه فلا ضمان عليه، لعدم تعديه، لأنه موضوع في ملكه، وإن أصابه الطرفان جميعا ضمن النصف، وإن لم يعلم أي الطرفين أصابه فالقياس أن لا يضمن للشك، وفي الاستحسان يضمن النصف كما في الجوهرة، ثم هو جائز إن لم يضر بالعامة، ولكل واحد من أهل الخصومة منعه ومطالبته بقضه إذا بنى لنفسه من غير إذن الإمام، وإن بنى للمسلمين كمسجد ونحوه أو بإذن الإمام لا ينقض، وأما إذا كان يضر بالعامة فلا يجوز مطلقا، والجلوس في الطريق للبيع والشراء على هذا، وهذا كله في الطريق العام، أما غير النافذ فلا يجوز إحداث شيء فيه مطلقا إلا بإذنهم، لأنه بمنزلة الملك الخاص بهم (ولا كفارة على حافر البئر وواضع الحجر)، ﻟأنها تتعلق بحقيقة القتل، والمتسبب ليس بقاتل حقيقة؛ لأنه قد يقع بعد موته، ويستحيل أن يكون الميت قاتلا، ولا يحرم الميراث؛ لما بينا كما مر (ومن حفر بئرا في ملكه فعطب بها إنسان لم يضمن)؛ لأنه غير متعد في فعله؛ فلا يلزمه ضمان ما تولد منه.

(والراكب) في طريق العامة (ضامن لما وطئت الدابة وما أصابت بيدها) أو رجلها أو صدمته برأسها (أو كدمت): أي عضت بفمها؛ لإمكان التحرز عنه (ولا يضمن ما نفخت): أي ضربت (برجلها أو ذنبها) والأصل: أن المرور في طريق المسلمين مباح، لكنه مقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه، دون مالا يمكن؛ لما فيه من المنع من التصرف وسد بابه، والاحتراز عن الوطء وما يضاهيه ممكن، فإنه ليس من ضرورات التسيير، فقيد بشرط السلامة عنه، والنفخة بالرجل والذنب ليس يمكنه الاحتراز عنه فلم يتقيد به كما في الهداية (فإن راثت) الدابة (أو بالت في الطريق) وهي تسير (فعطب به إنسان لم يضمن) لأنه من ضرورات السير؛ فلا يمكنه الاحتراز عنه، وكذا إذا أوقفها لذلك، لأن من الدواب م لا يفعل ذلك إلا بالإيقاف، وإن أوقفها لغير ذلك فعطب إنسان بروثها أو بولها ضمن؛ لأنه متعد في هذا الإيقاف، لأنه ليس من ضرورات السير، هداية (والسائق) للدابة (ضامن لما أصابت بيدها أو رجلها، والقائد) لها (ضامن لما

أصابت بيدها دون رجلها) قال الزاهدي في شرحه وصاحب الهداية فيها وفي محموع النوازل: هكذا ذكره القدوري في مختصره، وبذلك أخذ بعض المشايخ، وأكثر المشايخ على أن السائق لا يضمن النفخة لأنه لا يمكنه دفعها عنها، وإن كانت ترى منه، وهو الأصح، تصحيح. وقال في الهداية: وفي الجامع: وكل شيء ضمنه الراكب يضمنه السائق والقائد، لأنهما متسببان بمباشرتهما شرط التلف وهو تقريب الدابة إلى مكان الجناية فيتقيد بشرط السلامة فيما يمكن الاحتراز عنه كالراكب، إلا أن على الراكب الكفارة فيما وطئت ولا كفارة عليهما، وتمامه فيها (ومن قاد قطارا فهو ضامن لما وطئ)، لأن عليه حفظه كالسائق فيصير متعديا بالتقصير فيه، والتسبب بوصف التعدي **سبب الضمان**، إلا أن ضمان النفس على العاقلة وضمان المال في ماله كما في الهداية (فإن كان معه): أي مع القائد (سائق فالضمان عليهما) لاشتراكهما في ذلك، لأن قائد

الواحد قائد للكل، وكذا السائق لاتصاله الأزمة.." (١)

"كتاب الرجوع عن الشهادة.

- إذا رجع الشهود عن شهادتهم قبل الحكم بها سقطت، وإن حكم بشهادتهم ثم رجعوا لم يفسخ الحكم، ووجب عليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم، ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم.

وإذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال المشهود عليه، وإن رجع أحدهما ضمن النصف، وإن شهد بالمال ثلاثة فرجع أحدهم فلا ضمان عليه، فإن رجع آخر ضمن الراجعان نصف المال.
وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق وإن رجعتا ضمنتا نصف الحق، وإن شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان منهن فلا ضمان عليهن، وإن رجعت أخرى كان على النسوة ربع الحق، فإن رجع الرجل والنساء فعلى الرجل سدس الحق، وعلى النسوة خمسة أسداس الحق عند أبي حنيفة. وقال أبو يوسف ومحمد: على الرجل النصف وعلى النسوة النصف.
وإن شهد شاهدان على امرأة بالنكاح بمقدار مهر مثلها ثم رجعا فلا ضمان عليهما، وكذلك إن شهدا على رجل بتزوج امرأة بمقدار مهر مثلها وإن شهدا بأكثر من مهر المثل ثم رجعا ضمنا الزيادة. وإن شهدا ببيع بمثل القيمة أو أكثر ثم رجعا لم يضمنا، وإن كان بأقل من القيمة ضمنا النقصان وإن شهدا على رجل أنه

(١) اللباب في شرح الكتاب، المؤلف غير معروف ص/٣٢١

طلق امرأته قبل الدخول ثم رجعا ضمنا نصف المهر فإن كان بعد الدخول لم يضمنا.

وإن شهدا أنه أعتق عبده ثم رجعا ضمنا قيمته.

وإن شهدا بقصاص ثم رجعا بعد القتل ضمنا الدية، ولا يقتص منهما وإذا رجع شهود الفرع ضمنوا. وإن رجع شهود الأصل وقالوا "لم نشهد شهود الفرع على شهادتنا" فلا ضمان عليهم، وإن قالوا "أشهدناهم وغلطنا" ضمنوا،

وإن قال شهود الفرع "كذب شهود الأصل" أو "غلطوا في شهادتهم" لم يلتفت إلى ذلك.

وإذا شهد أربعة بالزنا وشاهدان بالإحصان فرجع شهود الإحصان لم يضمنوا، وإذا رجع المزكون عن التزكية ضمنوا.

وإذا شهد شاهدان باليمين وشاهدان بوجود الشرط ثم رجعوا فالضمان على شهود اليمين خاصة.

كتاب الرجوع عن الشهادة

هو بمنزلة الباب من كتاب الشهادات؛ لأنه مندرج تحت أحكام الشهادات.

(إذا رجع الشهود عن شهادتهم) بأن قالوا: رجعنا عما شهدنا به، ونحوه، بخلاف الإنكار؛ فإنه لا يكون رجوعا، وكان ذلك (قبل الحكم بها) أي بالشهادة (سقطت) شهادتهم؛ لأن الحق إنما يثبت بالقضاء، والقاضي لا يقضي بكلام متناقض، ولا ضمان عليهما؛ لأنهما ما أتلفا شيئا: لا على المدعي، ولا على المشهود عليه، هداية. (وإن) كان (حكم بشهادتهم ثم رجعوا، لم يفسخ الحكم)؛ لأن آخر كلامهم يناقض أوله، فلا ينقض الحكم بالمتناقض، ولأنه في الدلالة على الصدق مثل الأول، وقد ترجح الأول باتصال القضاء به (ووجب عليهم) أي الشهود (ضمان ما أتلفوه بشهادتهم)؛ لإقرارهم على أنفسهم **بسبب الضمان**، لأن رجوعهم يتضمن دعوى بطلان القضاء، ودعوى إتلاف المال على المشهود عليه بشهادتهم؛ فلا يصدقون في حق القضاء، ويصدقون **بسبب الضمان**.

(ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم) ولو غير الأول؛ لأنه فسخ للشهادة، فيختص بما تختص به الشهادة من المجلس، وهو مجلس القاضي كما في الهداية.

(وإذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا) عن الشهادة عند الحاكم (ضمنا المال) المشهود به (للمشهود عليه)؛ لأن السبب على وجه التعدي **سبب الضمان** كحافر البئر، وقد تسببا للاتلاف تعديا مع

تعذر تضمين المباشر - وهو القاضي - لأنه كالملجأ إلى القضاء (وإن رجع أحدهما ضمن النصف) والأصل: أن المعتبر في هذا بقاء من بقي، لا رجوع من رجع، وقد بقي من يتقي بشهادته نصف الحق.

(وإن شهد بالمال ثلاثة) من الرجال (فرجع أحدهم فلا ضمان عليه) لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق (فإن رجع آخر ضمن الراجعان نصف المال) لأنه ببقاء أحدهم يبقى نصف الحق.

(وإن شهد رجل وامرأتان، فرجعت امرأة ضمنت ربع الحق) لبقاء ثلاثة الأرب ا ع ببقاء من بقي (وإن رجعتا) أي المرأتان (ضمنتا نصف الحق)؛ لأن بشهادة الرجل الباقي يبقى نصف الحق.

(وإن شهد رجل وعشر نسوة ثم رجع ثمان منهن، فلا ضمان عليهن)، لأنه بقي من يبقى بشهادته كل الحق (فإن رجعت) امرأة (أخرى كان على النسوة) الراجعين (١) من حق العربية أن يقول "الراجعات" (ربع الحق) لأنه بقي النصف بشهادة الرجل، والربع بشهادة الباقية (فإن رجع الرجل والنساء) جميعا (فعلى الرجل سدس الحق، وعلى النسوة خمسة أسداس الحق عند أبي حنيفة)، لأن كل امرأتين قامتا مقام رجل واحد، فصار كما إذا شهد بذلك ستة رجال ثم رجعوا جميعا، وقال أبو يوسف ومحمد: على الرجل النصف، وعلى النسوة النصف). لأنهن - وإن كثرن - يقمن مقام رجل واحد؛ ولهذا لا تقبل شهادتهن إلا بانضمام رجل، قال في التصحيح: وعلى قول الإمام مشى المحبوبي والنسفي وغيرهما].." (١)

"-----

وإذا ثبت أن وجوب الزكاة لا يمنع المالك من التصرف بعد ذلك ينظر إن إزالة المال عن ملكه بتصرفه بغير عوض نحو الهبة وأشباهها، فهو ضامن قدر الزكاة، وإن أزاله عن ملكه بعوض نحو البيع، فإن حصلت الإزالة بعوض يعدله ويوازيه لا يصير ضامنا للزكاة بقي العوض في يده أو هلك، وإن حصلت الإزالة بعوض لا يعدله ولا يوازيه يصير ضامنا قدر الزكاة بقي العوض في يده أو هلك؛ وهذا لأن البيع إذا حصل بعوض يعدل والعوض يقوم مقام جميع مال الزكاة، ويصير من حيث المعنى كأن مال الزكاة قائم في ملكه، فلا يصير بالبيع مستهلكا للزكاة، بل يصير ناقلا، إياها من محل إلى محل، وله ولاية النقل حتى جاز أدء القيمة عندنا، فأما إذا حصل البيع بعوض لا يعدله، فالعوض لا يقوم مقام جميع مال الزكاة، فيصير بالبيع مستلهكا مال الزكاة لا ناقلا، والاستهلاك سبب وجوب الضمان.

ثم إذا وجب الضمان بالاستهلاك وزال الاستهلاك ب ا نفساخ السبب من الأصل برىء من الضمان؛ لأن

---

(١) اللباب في شرح الكتاب، المؤلف غير معروف ص/٣٧٨

انفساخ السبب يوجب انعدامه من الأصل، كأن لم يكن وانعدام سبب الضمان يوجب انعدام الضمان، وإن زال بطريق الارتفاع لا بطريق الانفساخ من الأصل لا يبرأ عن الضمان؛ لأن ارتفاع السبب لا يوجب زوال الحكم؛ لأنه لا يظهر عدم السبب من الأصل ووجود السبب يشترط لثبوت الحكم، أما بقاؤه لا يشترط لبقاء الحكم، فيبقى حكم الضمان وإن زال السبب.." (١)

"_____

وحكى الجصاص بإسناده عن محمد رحمه الله: أن القياس أن يكون الرجوع في الهبة فسخا سواء بقضاء أو بغير قضاء غير أني أستحسن، فلا أجعله فسخا إذا كان بغير قضاء، وعلى قول أبي يوسف هو فسخ على كل حال.

قيل: ما ذكر في «الجامع» وفي كتاب الهبة في رواية أبي حفص قياس، وما ذكر في رواية أبي سليمان والمتأخرون من مشايخنا قالوا: الصحيح ما ذكر في «الجامع»، وفي كتاب الهبة في رواية أبي حفص، والوجه في ذلك أن الواهب بالرجوع يستوفي عين حقه؛ لأنه استحق الرجوع في الموهوب بنفس الهبة لا بدلا عن شيء يصلح أن يكون الفسخ عوضا عنه، وهذا لأن العوض المال وإن كان عوضا للواهب بالهبة، إلا أن العوض المالي لا يصير مستحقا بالمطالبة لمكان الجهالة، فلا يمكن أن يجعل الفسخ عوضا عنه، وما عدا العوض المالي ليس بعوض، ولا مستحق بالعقد إذا لم يكن ما عدا العوض المالي عوضا ومستحقا بعقد الهبة، ولا يمكن أن يجعل فسخه عوضا عن العوض المالي كان الفسخ ثابتا بنفس الهبة ابتداء لا بدلا، ولهذا لو تعذر الفسخ بسبب من الأسباب لا يستحق الواهب الرجوع بشيء آخر.

فهو معنى قولنا: إن الواهب بالرجوع استوفى عين حقه، فلا يكون بيعا جديدا، بل يكون فسخا في حق الناس كافة، كما لو حصل الرجوع بقضاء.

ولم يذكر في «الكتاب»: إذا رجع في الهبة ولم يقبضها حتى هلكت في يد الموهوب له، هل يضمن قدر الزكاة؟ وقد اختلف المشايخ فيه بعضهم، قالوا: يضمنون؛ لأن سبب الضمان الهبة والتسليم، الهبة إن انتقضت بالرجوع، فالتسليم لم ينتقض، فلا يبطل الضمان، وبعضهم قالوا: لا يضمن؛ لأنه إنما ضمن بالهبة والتسليم من حيث إنه أزال قدر الزكاة عن ملكه بعدما تعلق به حق الفقراء من غير تلف لا من حيث إنه

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٢/٤٥٤

دفعه إلى غيره، وبالرجوع عاد إليه قديم ملكه على رواية هذ الكتاب، فزال سبب الضمان، فيزول الضمان.." (١)

_____"

ولو كان اشترى بالألف عبدا للخدمة بعد الحول حتى ضمن قدر الزكاة، ثم إن المشتري وجد بالعبد عيبا ورده بقضاء، أو بغير قضاء واسترد تلك الألف وهلك في يده لا تسقط عنه الزكاة؛ لأن سبب الضمان لم يزل؛ لأن أكثر ما في الباب أنه عاد إليه ملك الألف إلا أنها ما عادت إليه بسبب الفسخ؛ لأن الدراهم والدنانير لا يتعينان في فسخ البيع كما لا يتعينان في البيع، فالفسخ أوجب الألف دينا في ذمة البائع، والمشتري أخذ هذه الألف عوضا عما وجب في ذمة البائع، لا بحكم الفسخ، فلم يكن هذا الاسترداد إعادة إلى قديم الملك.

بل كان تمليكا ابتداء عوضا عما وجب في الذمة، وتجدد الملك ينزل منزلة تجدد البيع، ولو وصل إليه عين آخر اليسر أنه لا يرتفع حكم ذلك الاستهلاك كذا ههنا، بخلاف الرجوع في الهبة؛ لأن الدراهم والدنانير تتعينان في الهبة، فيتعينان في الفسخ فعين النصاب عاد إليه بناء على انفساخ سبب الزو ا ل، فافترقا من هذا الوجه.

رجل تزوج امرأة على ألف درهم، ودفعها إليها، فحال عليها الحول وهي في يدها حتى وجبت عليها الزكاة، ثم طلقها قبل الدخول بها وأخذ منها نصف الألف، لا يسقط عنها شيء من الزكاة؛ لأن الدراهم لا تتعين عند فسخ النكاح كما لا تتعين عند عقد النكاح، فبالطلاق قبل الدخول بها يجب عليه رد نصف الألف دينا في الذمة، فهذا دين لحقها بعد الدخول، وقد قضت ذلك من محل تعلق به حق الفقراء، فصارت ضامنة للزكاة.

ولو تزوجها على إبل سائمة أو غنم سائمة أو بقر سائمة، ودفعها إليها، فحال الحول عليها، وهي عندها ثم طلقها قبل الدخول بها وأخذ منها النصف، فلا زكاة عليها في النصف الذي دفعت إلى الزوج، وإنما عليها الزكاة في النصف الباقي.." (٢)

_____"

وفي «مجموع النوازل»: سئل نجم الدين: عن المؤذن يقوم عند حضور السؤال من الفقراء لأخذ الصدقات

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٤٥٧/٢

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٤٥٨/٢

من أهل الجماعة، فدفع إنسان إليه درهما، ولم يحضر نية الزكاة، فقبل أن يدفع المؤذن ذلك إلى الفقير نوى عن الزكاة، ثم دفع المؤذن ذلك إلى الفقراء قال: تجزئة عن الزكاة، ويد المؤذن يد الدافع إلى أن يصل إلى الفقير، وسئل الفقيه عمن جمع دراهم الفقيه أخذها من الناس، والناس أعطوا الدرهم من زكاة مالهم واضح أكثر من مائتي درهم هل تجزئهم من الزكاة؟ فهذا على وجهين:

أما إن كان الذي جمع الدراهم جمع بأمر الفقيه أو من غير أمر الفقيه، فإن كان جمع بأمر الفقيه جاز لكل من أعطى قبل أن يبلغ مائتي درهم إذا كان الفقيه فقيرا، ولا يجوز لمن أعطى بعدما بلغ مائتي درهم، إذا لم يكن على الفقيه دين، وإن كانوا لا يعلمون ذلك جاز في قول أبي حنيفة، ومحمد.

وإن كان جمع الدراهم من غير أمر الفقيه، فإنه يجوز من زكاتهم في الحالين جميعا، ولكن يكره لمن أعطى بعد المائتين؛ لأن الذي يجمع يصير وكيلا للدافعين في دفع ذلك إلى الفقيه في هذه الصورة، وكأنهم دفعوا بأنفسهم، ولو دفعوا بأنفسهم إلى الفقير مائتين أو أكثر عن زكاتهم أليس أنه يجوز؟ كذا ههنا، وهذا إذا لم يخلط أموالهم، فإذا خلط أموالهم، فهو ضامن، ولا يجوز لهم من زكاتهم لما يأتي في المسألة التي تلي هذه المسألة.

وفي «الفتاوى»: إذا دفع رجلان إلى رجل كل واحد منهما دراهم ليتصدق بها عن زكاة ماله، فخلط الدراهم قبل الدفع، ثم دفع، فهو ضامن، وكذلك المتولي إذا كان في يده أوقاف مختلفة، وخلط غلاتها صار ضامنا لها، وكذا السمسار إذ خلط غلات الناس وأثمانها، وكذلك البائع إذا خلط من أمتعة الناس، والحاصل أن الخلط **سبب الضمان**؛ لأنه استهلاك إلا في موضع جرت العادة والعرف ظاهرا بالإذن بالخلط.." (١)

"_____

ولو مات الولد في هذه الصورة وترك مالا فالمال لأبيه بحكم الإرث ولا ضمان على الأب فيه يريد به: لو مات الولد قبل الخصومة، وهذا لأن الضمان على المقدور بالمنع بعد الطلب فإذا مات قبل الخصومة لم يوجد المنع بعد الطلب فلم يوجد **سبب الضمان**. ولو قتل الولد وأخذ الأب قيمته كان عليه قيمة الولد لمولى الأمة؛ لأنه سلم له بدل نفسه، وحكم البدل حكم للمبدل فيتحقق المنع بعد الطلب ولو مات الأب في هذه الصورة ونفى الولد أخذ المولى قيمته من تركة الأب، فلا يرجع بها بقية الورثة في حصة الولد، وإن لم يترك الأب شيئا لم يؤخذ الولد بشيء كما لا يؤخذ بسائر ديون الأب.

فإن كان المخبر عن حرية الجارية رجل خنثى إلا أن الرجل المخبر لم يزوجها إياه بل الزوج تزوج بنفسه

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٢/ ٥٠٩

على أنها حرة فالزوج لا يرجع على الرجل المخبر بقيمة الولد لأنه لم يضمن له سلامة الولد نصا، ولا في ضمن عقد المعاوضة؛ لأنه ما زوجه؛ منه، ولكن يرجع بقيمة الولد على الجارية إذا أعتقت لما ذكرنا. وإن كان الرجل المخبر زوجها منه على أنها حرة فالزوج يرجع بقيمة الولد على المخبر للحال. أما الرجوع لأنه ضمن له سلامة الولد في ضمن عقد المعاوضة، وأما في الحال فلأن الحر يؤاخذ بضمان الكفالة في الحال. قال في «المنتقى»: قال إبراهيم: سألت محمدا رحمه الله عن امرأة قالت للقاضي: زوجني فإني حرة فزوجها وولدت أولادا ثم استحقت قال: أخذها المستحق وعقرها وقيمة ولدها، ولا يرجع على القاضي بشيء ولكن يرجع عليها. وإن تزوج وأخذت هؤلاء امرأة بإذن المولى على أنها حرة ثم ظهر أنها أمة لا يكون مقذورا حتى لا يكون الولد حرا بالقيمة، بل يكون رقيقا، وهذا قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله آخرا، وكان أبو يوسف رحمه الله أولا يقول: الولد حر بقيمته تجب على الأب بعد العتق وهو قول محمد رحمه الله.." (١)

_____"

والحكم في حر هذا حاله أنه إن كان ممن يعمل بيده أو له عمل معروف أنه مؤاجر من رجل ويؤاجره فيقضيانه دينه فها هنا كذلك، وإن كان العبد صغيرا والمعتق معسرا فأراد الآخر أن يؤاجره فإن كان الغلام يفعل ورضي بذلك جاز عليه وكان الآخر للذي لم يعتق قضاء من حقه، ومن جملة ذلك: أن قيمة العبد في الضمان والسعاية يعتبر يوم الإعتاق؛ لأن سبب الضمان الإعتاق فتعتبر القيمة في ذلك الوقت كما في الغصب، ومن جملة ذلك: أن حال المعتق في اليسار والعسار يعتبر يوم الإعتاق؛ لأن النسب ينعقد في ذلك الوقت، فإذا كان موسرا وقت الإعتاق وجب الضمان لوجود السبب وهو موسر، فلا يسقط بالعسار الطارىء. وإذا كان معسرا وقت الإعتاق ثم أيسر من بعد فالإعتاق حال وجوده لم ينعقد موجبا للضمان فلا يجب الضمان بعد ذلك.

(٢) ".

_____"

قلنا: تعذر تضمين ما فات بدون الباقي؛ لأن الفائت مجرد المنفعة ومجرد المنفعة لا تضمن بالإتلاف، وكان للمدبر إن يستسعي العبد في نصف قيمته، ولكن نستسعيه في نصف قيمته مدبرا؛ لأن ما فات بالتدبير

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٣/٢٨٤

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٤/٣٧٢

لاحقا فأما إن كان بالتدبير سابقا ثم ورد العتق بعد ذلك فإن المدبر على خياره؛ لأن في هذا الفصل لم يوجد من المدبر ما يدل على إبراء المعتق عن الضمان فبقي خياره كما كان، فإن شاء استسعى العبد في نصيبه مدبرا وإن شاء ضمن المعتق نصيبه مدبرا، وإنما ثبت له الخيار؛ لأنه بالإعتاق فوت عليه منفعه الخدمة إن لم يفوت عليه منفعة البيع.

وإن كان ذلك منها جميعا ولا يعلم أيهما أول فإنه ينبغي في القياس أن لا يضمن المعتق شيئا وإن كان حتى يعلم أنه أعتق بعد التدبير. وفي «الاستحسان»: يضمن المعتق ربع قيمته مدبرا، وجه القياس ظاهر، وجه الاستحسان: أن إعتاق المعتق سبب الضمان، سواء كان قبل التدبير أو بعد التدبير؛ لأنه فوت على صاحبه منفعة الخدمة والبيع وإن كان بعد التدبير إن كان قبل التدبير؛ لأنه فوت على صاحبه منفعه الخدمة وإن كان بعد التدبير؛ لأنه فوت على صاحبه منفعة الخدمة إلا أن صاحبه بالتدبير بعد الإعتاق يبرئه عن الضمان، فقد تيقنا سبب الضمان وشككنا في المبرىء، وأنه ثبت في حال دون حال فيثبت نصفه، ويبرىء عن الضمان النصف، ويبقي ضمان النصف (٣٢٩ب١) فابتداء قال: يضمن المعتق ربع القيمة مدبرا، والله أعلم.و

(١) ".

_____"

وإذا كان العبد بين ثلاثة نفر ادعى أحدهم أنه أعتق نصيبه على كذا، فقال العبد: أعتقتني بغير شيء، فشهد الشريكان أنه أعتقه على كذا فشهادتهما جائزة؛ لأن العتق قد ثبت بإقرار المولى المنازعة في المال وفيما يرجع إلى المال..... هذه شهادة منهما على عبدهما، وكذلك إن شهد آباء الشريكين أو أبناؤهما بذلك؛ لأنهما يشهدان على عبد أبويهما أو على عبد ابنيهما وكل ذلك جائز.

وإذا أعتق بعض الشركاء العبد وفي يد العبد أموال اكتسبها ولا يدرى متى اكتسبها، واختلف فيه الشركاء، والعبد قال: اكتسبته بعد العتق فالقول قوله؛ لأن الكسب حادث فيحال بحدوثهما على أقرب ما ظهر، وإنما ظهر الكسب للحال فيجعل القول قول من يدعي حدوثه في الحال، وهو العبد، ولأن العبد بعتق البعض صار مكاتبا حكما عند أبي حنيفة رحمه الله فيعتبر بما لو كان مكاتبا حقيقة، والمكاتب الحقيقي فيما في هذه بمنزلة الحر والقول قول الحر فيما في يده أنه له عند منازعة غيره إياه كذا ها هنا.

وإذا كان العبد بين رجلين، شهد شاهدان على أحدهما أنه أقر أنه أعتقه وهو موسر فالقاضي يقضي بعتقه،

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٣٨١/٤

وكان لشريكه أن يضمنه وكان ولاء العبد له، وإن جحد ذلك إلا أن القاضي لما قضى عليه بالعتق فقد كذبه في جحوده، فالتحق جحوده بالعدم. ولو شهدوا عليه أنه أقر أنه حر الأصل فالقاضي يقضي بحريته ولا ولاء له عليه وليس لشريكه أن يضمنه، بخلاف المسألة الأولى.

والفرق: أنا نعتبر إقراره الثابت بالبينة بالثابت معاينة، ولو عاينا إقراره بالإعتاق كان ولاؤه له وكان لشريكه أن يضمن لأنه أقر **بسبب الضمان** وليس الولاء، ولو عاينا إقراره أنه حر الأصل لم يكن له عليه ولاء، ولم يكن لصاحبه حق التضمين؛ لأنه ما أقر..... لأن سببها على اليقين إعتاقه إياه وهو لم يقر بذلك.." (١)

"_____

وفيه أيضا: ابن سماعة عن أبي يوسف عن أبي حنيفة في رجل غصب من آخر عبدا، فقتله قاتل في يد الغاصب، فاختار المالك تضمين أحدهما لا سبيل على الآخر، وقال أبو يوسف: له أن يضمن الآخر ما لم يقض القيمة من الذي اختار تضمينه؛ قال: فإن أبرأ الغاصب، فهو بريء، ولا يرجع عليه بعد الإبراء بشيء، وإن أبرأ القاتل، فله أن يعود فيما أبرأه منه، ويأخذ منه قيمة عبده؛ لأن ذلك يؤخذ منه على كل حال.

ألا ترى أن المولى إذا أبرأ القاتل كان للغاصب أن يضمن القاتل، ولو أبرأ الغاصب على أنه إن لم يأخذ القيمة من القاتل يرجع على الغاصب، فله أن يعود ويضمنه.

عن ابن سماعة: أنه كتب إلى محمد رحمه الله في رجل غصب من آخر عبدا، وقتله في يده قاتل خطأ، واختار المولى اتباع الغاصب بنصف قيمة العبد حالا، واتباع عاقلة القاتل بنصف القيمة مؤجلا له ذلك.

غاصب الغاصب، ومودع الغاصب يبرأان بالرد على المالك، وكذا يبرأان بالرد على الغاصب؛ إلا رواية عن أبي يوسف، وكذلك إن كان المودع صبيا محجورا.

وكذلك إن كان رب الوديعة صبيا أو عبدا؛ لأن المسقط للضمان في حق المودع رده إلى من أخذ منه، وذلك متحقق، وإن كان المستودع رده إلى السابق بأمر الغاصب؛ كان للمغصوب منه أن يضمنه؛ لأن في الفصل الأول إنما برىء عن الضمان؛ لأنه رده إلى من أخذه منه (١٢١ب٢) فانفسخ حكم فعله، وههنا ما رده إلى من أخذه منه إنما رده على غيره، وذلك **سبب للضمان**، فلهذا افترقا.

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٤/٤٠٤

في «فتاوى أبي الليث»: غصب رجل من رجل مالا، فغصب ذلك المال غريم للمغصوب منه؛ قال أبو نصر: كان نصر يقول يبرأ الغاصب الأول،وكان محمد بن سلمة يقول: المغصوب منه بالخيار؛ قال الصدر الشهيد رحمه الله: وهو المختار على ما يأتي بيانه في المسألة التي تلي هذه المسألة، فإن ضمن الثاني صار قصاصا بدينه، وبرىء الأول، وإن ضمن الأول لا يبرأ الثاني.." (١)

"_____

ووجه ذلك: وهو أن **سبب الضمان** هو القطع السابق فيستند الضمان إليه، فثبت الملك من ذلك الوقت، وفي تلك الحالة هو قابل للملك كما في ضمان الغصب، فإنه لا يتقرر إلا عند الهلاك؛ ذلك لما كان عند الغصب السابق أسند إليه، ووقع الملك في المضمون؛ كذا ههنا، ومن المحققين من أصحابنا من قال: لا بل ضمان القتل لا يوجب الملك للضامن في المقتول؛ لأن ضمان القتل يجب مقصورا على وقت القتل، والقطع السابق إنما يصير قتلا وقت السراية، فيجب الضمان مقصورا على حالة القتل، وفي حالة القتل هو غير قابل للملك لكن إن تعذر إثبات الملك في ذاته، أمكن إثباته في بدله وهو الضمان الذي على الغاصب كما قلنا في المدبر إذا غصبه من غاصبة، واختار المولى تضمين الأول؛ كان للأول أن يضمن الثاني، وإن لم يملك الأول بالمدبر بأداء الضمان لكن قبل السبب، وإن لم يعمل في حق المدبر لمكان التعذر، يحل في حق بدله، وهو الضمان الواجب على الغاصب؛ كذا ههنا، ثم أوجب الضمان على الجاني ههنا في ماله؛ لأنه وجب بإقراره، والإقرار حجة قاصرة، وإن كانت الجناية ثابتة بالبينة فهذا وما لو ثبتت الجناية بإقرار الجاني سواء، إلا في فعل واحد، وهو أن ما يجب على الجاني في فصل الإقرار يجب على عاقلته في فصل البينة؛ لأن البينة حجة في حق الناس كافة، فثبتت الجناية في حق العاقلة؛ كما ثبتت في حق غيرها. رجل غصب من آخر شيئا وغيبه، فطلب المغصوب منه من القاضي تضمينه؛ ذكر في بعض الكتب أن القاضي يتلوم في ذلك يومين أو ثلاثة رجاء أن يظهر ولا يقضي بالقيمة في الحال.

." (٢)

"_____

وفي «الجامع الكبير»: صبي ابن اثني عشر سنة يعقل البيع والشراء؛ وقبض الودائع لكنه محجور عليه؛ أودعه رجل ألف درهم فأدرك ومات ولم يدر ما حال الوديعة، فلا ضمان في ماله إلا أن يشهد الشهود أنه

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٥/٤٣٣

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٥/٤٦٦

أدرك وهي في يده، والحكم في المعتوه نظير الحكم في الصبي إذا أفاق ثم مات، ولم يدر حال الوديعة؛ لا ضمان في ماله إلا أن يشهد الشهود أنه أفاق وهي في يده، وإن كان الصبي مأذونا في التجارة والمسألة بحالها، فهو ضامن الوديعة، وإن لم يشهد الشهود أن الصبي أدرك، وهي في يده، ولو مات الصبي بعد البلوغ، ولا يدرى في أي حال هلكت الوديعة لا يقضى بوجوب الضمان، وكذلك في المعتوه إذا كان مأذونا في التجارة.

ولو أن عبدا محجورا عليه أودعه رجل، ثم أعتقه المولى، ثم مات ولم يبين الوديعة، فالوديعة دين في ماله، وإن مات وهو عبد فلا شيء على مولاه إلا أن يعرف الوديعة بعينها، فيرد على صاحبها، وإن أذن المولى في التجارة بعدما استودع، ثم مات، فلا ضمان إلا أن يشهد الشهود أنها كانت في يده بعد الإذن، فإذا شهد الشهود بذلك ثم مات وترك مالا فالوديعة في ذلك المال.

في «المنتقى»: رجل أودع رجلا بطيخا أو عنبا وغاب، ثم مات المستودع، ثم قدم المودع بعد مدة يعلم أن تلك الوديعة لا تبقى إلى تلك المدة، فهي دين في مال الميت؛ لأنه لا يعلم باستيفائها بعد الميت، وهذا بناء على ما قلنا إن تجهيل الوديعة عند الموت **سبب للضمان**.

" (١).

"_____

في «النوازل» قالوا: إذا كان الابن غير بالغ إنما لا يضمن بالرد عليه إذا كان يعقل الحفظ، ويحفظ الأشياء؛ أما إذا كان لا يحفظ، فهو ضامن.

إذا قال المستودع لصاحب الوديعة: بعثت بها إليك مع رسولي، وسمى بعض من في عياله؛ بأن قال: مع ابني، أو قال: مع عبدي وما أشبهه؛ كان القول قوله؛ لأن له أن يرد بيد هؤلاء، كما له الرد بنفسه، ولو ادعى الرد بنفسه كان القول قوله، فكذا إذا ادعى الرد بيد هؤلاء، ولو قال: رددتها بيد أجنبي ووصلت إليك، فأنكر ذلك صاحب المال، فهو ضامن إلا أن يقر به رب الوديعة، أو يقيم المودع بينة على ذلك؛ لأنه ليس له الرد بيد الأجنبي، فإذا ادعى ذلك، فقد أقر **بسبب الضمان**، فقوله: وصل إليك ادعاء يبرئه عن الضمان، فلا يصدق إلا بحجة، والحجة إقرار رب الوديعة، أو البينة، فإن قال: بعثت بها إليك مع هذا الأجنبي، أو

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٤٩١/٥

قال: استودعتها إياه، ثم ردها علي، فضاعت عندي لا يصدق على ذلك إلا بحجة؛ لأنه أقر بسبب الضمان وادعى ما يبرئه، هذه المسائل في «الأصل».." (١)

_____"

في «المنتقى»: ابن سماعة عن محمد: في رجل أودع رجلا ألف درهم، فاشترى بها، ودفعها إليه، ثم استردها بهبة أو شراء وردها إلى موضعها برىء، فقد روى إبراهيم عن محمد إذا قضاها غريمه بأمر صاحب الوديعة، ثم وجدها زيوفا فردها إليه، فهلكت ضمن حالا، فقال: لأن له أن يستعملها في الذي يشارك كسائر أملاكه وههنا ليس له صرفها في منافعه، فهي عنده كالوديعة، فالتعليل على هذا الوجه مذكور في «الكتاب» يعني قوله في فصل القضاء من الوديعة صار مقرضا الدراهم الوديعة منه، وصار المودع قابضا دين نفسه، وصار مثل تلك الدراهم دينا لصاحب الوديعة في ذمة المودع، فإذا ردت الدراهم على المودع، فقد عادت الدراهم إلى ملكه، فإذا هلكت؛ هلكت ضمن ماله؛ أما في فصل الشراء الدراهم لم تصر مملوكة للمودع، ووجب ردها بعينها؛ لأنها في حكم المغصوبة، فإذا ردها إلى مكانها فقد أتى بالمستحق عليه، فيبرأ عن الضمان.

في «الأصل»: إذا كانت الوديعة دراهم، أو دنانير، أو شيئا من المكيل، والموزون، فأنفق المودع طائفة منها في حاجة نفسه؛ كان ضامنا لما أنفق منها، ولم يصر ضامنا لما بقي منها، فإن جاء بمثل ما أنفق، وخلطه صار ضامنا لجميع ما أنفق بالإتلاف، وما بقي من الخلط قالوا: وهذا إذا لم يجعل على ماله علامة حين خلط بمال الوديعة، أما إذا جعل لا يضمن إلا ما أنفق، وإن كان قد أخذ بعض الوديعة لينفقه في حاجته، ثم بدا له، فرده في مكانه، فضاع، فلا ضمان عليه.

واختلف (١٢٩ب٢) المشايخ في تخريج المسألة؛ بعضهم قالوا: لا يضمن أصلا، وقال بعضهم: ضمن، ثم برىء بالرد إلى مكانه، وهو الصحيح؛ وهذا لأن الدفع بنية الإنفاق أخذ لنفسه، وإن أخذ لنفسه بسبب الضمان؛ لأنه خلاف كما لو كان ثوبا فلبسه، أو كان دابة، فركبها.." (٢)

_____"

والدليل عليه: أن الدفع بنية البيع سبب الضمان حتى لو دفع ليبيع، وباع، وضمن القيمة نفذ البيع من

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٤٩٦/٥

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٤٩٧/٥

جهته، وإنما ينفذ البيع إذا استند الملك إلى ما قبل البيع، وإنما لا يستند الملك إلى ما هو **سبب الضمان**.

الفصل الثامن فيما إذا كان صاحب الوديعة أو المستودع غير واحد

قال في «الأصل»: رجلان أودعا دراهم أو دنانير، أو ثيابا، أو دفا أو عبيدا، فجاء أحدهما، وطلب حصته، والآخر غائب، قال أبو حنيفة رضي الله عنه: ليس للمودع أن يدفع إليه حصته، وقال أبو يوسف ومحمد: يدفع إليه حصته، ولا تكون قيمته جائزة على الغائب.

وضع المسألة في الدفع في «الأصل» وفي «الجامع الصغير»: وضعها في الأخذ فقال: ليس للحاضر أن يأخذ حصته من المودع عند أبي حنيفة رضي الله عنه، وعندهما له ذلك، فقد جمع في «الكتاب» من المكيل والموزون والعبيد والثياب، وأجاب عقيب الكل بجواب واحد، فقال: ليس للمودع أن يدفع إلى الحاضر حصته عند أبي حنيفة وعندهما يدفع، فمن مشايخنا من قال بأن الخلاف في الكل واحد.

ألا ترى أن محمدا لم يفصل في «الكتاب» بين المكيل، والموزون، وغيرهما، ومنهم من قال: الخلاف في المكيل، والموزون خاصة، فأما في الثياب والعبيد فليس للمودع أن يدفع إلى الحاضر حصته بلا خلاف، وهو الأشبه بالصواب؛ وهذا لأنا نعتبر يد المودع بيد المودع، وغير المكيل، والموزون لو كان في يد المودعين، وغاب الآخر لا يكون للحاضر أن يأخذ نصيبه من ذلك بالإجماع، فكذلك إذا كان في يد المودع.." (١)

"_____

وفي «القدوري»: إذا قال المودع للقاضي: حلف المودع ما هلكت قبل جحودي؛ حلفه القاضي؛ لأنه يدعي عليه معنى لو أقر به يلزمه، فإذا أنكر يستحلف رجاء النكول الذي هو إقرار، ويحلفه على العلم؛ لأن هذا تحليف على أمر وقع في يد الغير، فإذا قال المودع: قد أعطيتكها، ثم قال بعد أيام: لم أعطكها، ولكنها هلكت، فهو ضامن، ولا يصدقه فيما قال؛ إما لأنه لما قال: أعطيتكها فقد أقر أنه ليست عنده وديعة، فإذا قال بعد ذلك: هلكت عندي، فقد أقر أنه كانت عنده وديعة حين قال: ليست عندي، فثبت جحوده بالكلام الثاني، وإنه سبب ضمان؛ أو لأنه تكلم بكلامين، لا يمكن الجمع بينهما، فينتقض كل واحد منهما بصاحبه، فبقي ساكتا ممتنعا من الرد بعد الطلب، وإنه **سبب الضمان**، وعلى هذا إذا ادعى الهلاك أولا، ثم قال: أو قد رددتها عليك؛ لا يصدق، وهو ضامن لما ذكرنا من المعنى الثاني.

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٤٩٨/٥

وفي «المنتقى»: رجل أودع عند رجل وديعة، فقال المودع: ضاعت منذ عشرة أيام، وأقام صاحب الوديعة بينة أنها كانت في يده منذ يومين، فقال المودع: وجدتها، فضاعت قبل ذلك منه. رجل قال لغيره: قد استودعتني ألف درهم فضاعت، وقال ذلك الغير: كذبت ما استودعتك إنما غصبتها، أو قال: أخذتها بغير أمري، فلا ضمان عليه بخلاف ما إذا قال: أخذتها وديعة، وقال صاحب المال: لا بل أخذتها بغير أمري، فالقول قول صاحب المال، ومدعي الوديعة ضامن.." (١)

"_____

والفرق: أن في المسألة الثانية أقر **بسبب الضمان**، وهو الأخذ؛ ثم ادعى ما يبرئه فلا يصدق في دعواه؛ كما لو قال لغيره: أكلت مالك بإذنك، وقال صاحب المال: لا بل أكلت بغير إذني، أما في المسألة الأولى ما أقر بالأخذ؛ لأن الإيداع بدون الأخذ متصور بأن يضع المال بين يديه، ويقول: احفظه، ولو قال صاحب المال: أقرضتكها، وقال ذلك: لا بل أخذتها وديعة، فالقول قول مدعي الوديعة؛ لأنهما اتفقا عل أن الأخذ كان بإذن المالك، والأخذ بإذن المالك لا يكون سبب ضمان إلا باعتبار عقد ضمان، فالمالك يدعي عقد الضمان، ومدعي الوديعة منكر ذلك؛ بخلاف المسألة الأولى؛ لأن هناك ما اتفقا أن الأخذ كان بإذن المالك.

رجل له عند رجل ألف درهم وديعة، وله على المودع ألف درهم دين، فدفع المودع إليه ألف درهم، ثم اختلفا بعد ذلك بأيام، فقال رب المال: أخذت الوديعة والدين عليك على حاله، وقال المودع: لا بل أعطيتك القرض، وقد ضاعت الوديعة، فالقول قول المودع؛ لأنه لا عبرة لاختلافهما في الألف المردودة؛ لأنها وصلت إلى المالك أنى كانت، وإنما اختلافهما في الألف الهالكة فالمالك يدعي فيها الأخذ قرضا، والمدعى عليه يدعي الأخذ وديعة، وفي هذا القول قول مدعي الوديعة لما مر.
رجل أودع عند رجل وديعة فغاب رب الوديعة، ثم قدم، وطلب الوديعة، فقال المودع: أمرتني أن أنفقها على أهلك وولدك، وقد أنفقتها عليهم، ورب الوديعة يقول: لم آمرك بذلك، فالقول قول رب الوديعة والمودع ضامن؛ لأنه أقر **بسبب الضمان**، وادعى ما يبرئه، فلا يصدق في دعواه إلا بحجة.." (٢)

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٥/٥٠٣

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٥/٥٠٤

-----"

وقد وقعت في زماننا: أن رجلا استعار مرا ليسقي به أرضه، ففتح النهر ووضع المر تحت رأسه، ونام مضطجعا كما هو عادة أهل الرستاق، فسرق منه، فأفتوا أنه لا يضمن، ولو وضع المستعار تحت رأسه، أو تحت جنبه، ونام عليه مضطجعا؛ لا يجب الضمان.

في «الأصل»: جاء رجل إلى المستعير، وقال: إني استعرت من فلان هذا الذي هو عارية عندك من جهته، وأمرني أن أقبضه منك، فصدقه المستعير، ودفعه إليه، فضاعت الوديعة في يده، ثم جاء المالك، وأنكر أن يكون أمره بذلك، فالقول قول المالك، والمستعير ضامن؛ لأنه دفع مال المالك إلى غيره، وإنه سبب الضمان يوجبه الأصل، إلا إذا كان بإذن المالك، ولم يثبت الإذن ههنا لما أنكر المالك ذلك.

فإن قيل: لماذا لا يجعل هذا إعارة من المستعير الأول من غيره حتى لا يجب عليه الضمان.

قلنا: إذا أعار المستعير من غيره إنما لا يضمن؛ لأنه يقيم يده مقام يد نفسه، وههنا تسليمه إلى الثاني لم يكن بهذا الطريق.

ألا ترى أن ثمة لو أراد المستعير استرداده من يد الثاني له ذلك، وفي الفصل الثاني: لو أراد المستعير استرداده من يد الثاني ليس له ذلك، وإذا طلب المعير العارية فمنعها المستعير عنه، فهو ضامن وهذا ظاهر، وإن لم يمنعه منه، ولكن قال لصاحبه: دعه عندي إلى غد ثم أرد عليك فرضي بذلك، ثم ضاع لا ضمان عليه؛ لأنه أعاره مرة أخرى؛ هكذا ذكر المسألة في «الأصل»، وذكر في «فتاوى أبي الليث» هذه المسألة في صورة أخرى، فقال: إذا قال المستعير: نعم أدفع، وفرط في الدفع حتى مضى شهر، ثم سرق من المستعير؛ جعلها على وجهين:

الأول: أن يكون المستعير عاجزا عن الرد وقت الطلب، وفي هذا الوجه لا ضمان.." (١)

-----"

الفصل الثامن في الاختلاف الواقع في هذا الباب، والشهادة فيه

قال محمد رحمه الله في «الأصل»: رجل استعار من رجل دابة ليركبها إلى حمام أعس فجاوز بها إلى حمام أعس ثم رجع إلى حمام أعس أو إلى الكوفة، والدابة على حالها، ثم عطبت الدابة، فقال رب الدابة: قد خالفت، ولم تردها إلى الموضع الذي أذنت لك، فقال المستعير: قد خالفت فيها، ثم رجعت بها إلى الموضع الذي أذنت لي، فلا ضمان علي، فالقول قول رب الدابة، و المستعير ضامن؛ لأنه أقر بالسبب

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٥٢٢/٥

الموجب للضمان، وهو المجاوزة عن المكان المسمى، ثم ادعى ما يبرئه، وهو العود، فلا يصدق إلا بحجة، فإن أقام البينة أنه قد ردها إلى الكوفة، أو إلى الموضع الذي أخذها إليه، ثم نفقت بعدما ردها، قال: هو ضامن لها حتى يرجعها إلى صاحبها، وتأويله أنه استعارها إلى ذلك المكان ذاهبا جائيا، ومتى كان كذلك كان ضامنا؛ لأن الثابت بالبينة العادلة كالثابت مع اينة، ولو عاينا أنه عاد إلى المكان المشروط؛ فإنه لا يبرأ؛ لأنه عاد إلى الوفاق، فالعقد منته، فلا يبرأ عن الضمان، فأما إذا كان ذاهبا وجائيا يبرأ عن الضمان متى أظهر البينة أنه عاد إليه كما لو تمت معاينته، ولو تمت معاينته بريء؛ لأنه عاد إلى الوفاق، والعقد قائم، فيبرأ عن الضمان.

إذا قال: أعرتني دابتك وهلكت، وقال المالك: غصبتها مني، فلا ضمان عليه إن لم يكن ركبها، وإن كان قد ركبها، فهو ضامن، ولو قال: أعرتني، وقال المالك: ركبها وهلكت من ركوبه، فالقول قول الراكب، ولا ضمان عليه.

وفي «القدوري»: وإن اختلف المعير والمستعير في الأيام أو في المكان أو فيما يحمل عليه، فالقول قول رب الدابة مع يمينه؛ لأن الإذن من جهته مستفاد، فكان القول قوله.

وفيه أيضا: وإذا تصرف المستعير، وادعى أن المعير أذن له وجحد المعير، فهو ضامن؛ إلا بقوم البينة على الإذن؛ لأن سبب الضمان قد تحقق، فإذا ادعى الإذن، فقد ادعى المسقط، فلا يفضل إلا بحجة.H (٢أ١٣٤)." (١)

"_____

في «واقعات الناطفي» وفي «الأجناس» ابن سماعة عن أبي يوسف: إذا أمر الرجل غيره بذبح شاة، وقد كان الآمر باعها، فذبحها المأمور، وهو يعلم بالبيع، فإن للمشتري أن يدفع الثمن ويبيع الرابح، فيضمنه قيمتها، وليس للذابح أن يرجع على الآمر؛ قال: ولو كان لا يعلم بالبيع يمكن للمشتري أن يضمنه القيمة؛ علل فقال: لأنه لو ضمنه كان له أن يرجع على الآمر، فكأنه هو فعل ذلك، فينقض البيع.

في «النوازل»: أسلم غنمه إلى راع، فذبح شاة منها، فقال: ذبحتها، وهي .... وقال صاحب الغنم: ذبحتها، وهي ....، فالقول قول الراعي؛ لأنه أنكر سبب الضمان، ولا يحل أكلها؛ لأنه لم يثبت المبيح، وهو الذكاة.

وفيه أيضا: اشترى أضحية، وأمر غيره بذبحها، فذبحها، وقال: تركت التسمية عمدا ضمن الذابح قيمة

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٥٣١/٥

الشاة؛ لأنه جعلها ميتة، فبعد ذلك ينظر إن كان أيام الذبح قائمة يشتري بقيمتها أخرى، ويضحي بها، ويتصدق بلحمها، ولا يأكل، وإن لم تكن باقية تصدق بالقيمة على المساكين.

الفصل الثامن فيما يتعلق بالشركة في الضحايا

الشاة لا تجزىء إلا عن واحد، وإن كانت عظيمة، والبقر والبعير كل واحد منهما يجزىء عن سبعة إذا كانوا يريدون بها وجه الله أتفقت جهات القربة (أو) اختلفت، قال زفر: إذا اختلفت جهات القربة لا يجوز، وإن كان أحدهم يريد اللحم؛ لم يجز عن واحد منهم، والتقدير بالسبع يمنع الزيادة، ولا يمنع النقصان.." (١)

"-----

رجل وهب لرجل متاعا ثم قال: إنما كنت استودعتك فالقول لصاحب المتاع مع يمينه، فإذا حلف أخذ المتاع، وإن وجده هالكا، فإن كان هلك بعد ما ادعى المستودع الهبة فالمستودع ضامن القيمة؛ لأن التملك بالهبة لم يثبت بقوله، فبعد ذلك إن كان المتاع وديعة في يده فجحود الوديعة **سبب الضمان**، وإن لم يكن وديعة في يده فأخذ مال الغير على وجه التملك **سبب للضمان** إلا أن يثبت التملك من صاحبه ولم يثبت، وإن كان الهلاك قبل دعوى الهبة فلا ضمان. في «المنتقى» بشر عن أبي يوسف اتفق الواهب والموهوب له أن الهبة كانت بشرط العوض، ولكن اختلفا في مقدار العوض فقال الواهب: ألف وقال الموهوب له: خمس مئة، والعوض لم يقبض بعد والموهوب قائم بعينه فللواهب الخيار إن شاء قبض، وإن شاء رجع في الهبة، وإن كان الموهوب مستهلكا رجع بقيمته إن شاء، وهذا بناء على أن الهبة من.... موجبة الرجوع والعوض والرضى به من جهة الواهب قاطع حق الرجوع، فإن شاء رضي العوض الذي عينه الموهوب له وترك حقه في الرجوع، وإن شاء لم يرض به ومال إلى الرجوع، وإن كان الموهوب مستهلكا رجع بقيمته؛ لأن الرضا بالقبض كان بشرط العوض المقدر، ولم يسلم فبقي قبضه قبض ضمان فيرجع بقيمته لهذا.

وإن اختلفا في أصل العوض فقال الموهوب له للواهب: ما شرطت لك العوض أصلا فالقول قوله؛ لأنه ينكر شرطا زائدا يستغني عنه تمام الهبة، ويكون للواهب الرجوع إذا كان الموهوب قائما، وإن كان مستهلكا فلا شيء على الموهوب له؛ لأن العوض لم يثبت لما جعلنا القول فيه قول الموهوب له والحكم في الهبة الخالية عن شرط العوض أن الموهوب ما دام قائما فللواهب الرجوع، فإذا هلك فلا ضمان ولكن يحلف

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٦٧٥/٥

الموهوب له ههنا على دعوى الواهب بالله ما شرط العوض، يريد به: إذا كان الموهوب مستهلكا؛ لأن الواهب يدعي القيمة في هذه الصورة فيحلف عليه.." (١)

"_____

قال محمد رحمه الله في «الجامع الصغير»: رجل اشترى عبدا وأعتقه، ثم وجد به عيبا إن كان أعتقه على مال لا يرجع بنقصان العيب، وإن كان أعتقه بغير مال يرجع بنقصان العيب عندنا، فالأصل في جنس هذه المسائل أنه متى تعذر رد المبيع على البائع بسبب إخراج المشتري المبيع عن ملكه بالبيع أو الهبة وكان ذلك قبل العلم بالعيب منع الرجوع بالنقصان عند ظهور العيب، لأن المشتري متشبث بالمبيع مع إمكان الرد بعد العلم بالعيب، أما التشبث بالبيع بعد العلم بالعيب فلأن المشتري منه والموهوب له متشبث به، وبعد العلم بالعيب، وتشبثهما كتشبث المشتري الأول لأنه حصل بتسليطه. وأما مع الرد فلأن المشتري منه لورد المشتري عليه بقضاء أمكنه الرد على البائع وكذلك الموهوب له، لو فسخ الهبة مع المشتري أمكنه الرد، قلنا: والتشبث بالمبيع بعد العلم بالعيب مع إمكان الرد دليل الرضا بالعيب، والرضا بالعيب يسقط حق المشتري في الرد وفي الرجوع بنقصان العيب. ومتى تعذر الرد بتلف المشتري على حكم ملك المشتري من غير فعله، وكان ذلك قبل العلم بالعيب لا يمنع الرجوع بنقصان العيب وذلك كالموت لأنه غير متشبث بالمبيع بعد العلم بالعيب مع إمكان الرد فلا يمنع الرجوع بنقصان العيب، كما لو كان حيا وتعذر الرد بسبب من الأسباب. ومتى تعذر الرد بتلف المشترى على حكم ملك المشتري بفعل المشتري ينظر إن كان بفعل مضمون عليه من جميع الجهات لو حصل في ملك الغير نحو القتل وإحراق الثوب وغير ذلك منع الرجوع بنقصان العيب، فإنه وصل إليه عوض الجزء الفائت من حيث المعنى، لأن القتل والإحراق سبب الضمان وجد في ملك الغير، وإنما سقط عنه الضمان بسبب ملكه، فيجعل سقوط الضمان بسبب الملك وقد زال عنه الملك بسبب القتل بدلا عن الملك فهو معني قولنا: أنه وصل إليه العوض فلا يرجع بنقصان العيب كما لو باع. وإن كان بفعل غير مضمون عليه يمنع بجميع الجهات لو حصل في ملك الغير لا يمنع الرجوع." (٢)

"_____

العيب، وذلك نحو الإعتاق والتدبير، ولأن العتق في ملك الغير لا يتصور بسبب الضمان لأنه لا ينفد أصلا

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ١٨٨/٦

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٧٣٦/٦

فإذا لم يكن بسبب الضمان في ملك الغير لا يمكننا أن نجعل الضمان واجبا بالسبب ثم ساقطا عنه بسبب الملك حتى يصير سقوط الضمان بسبب الملك وقد زال عنه الملك بالإعتاق بدلا عن الملك على نحو ما ذكرنا في القتل فهو معنى قولنا: لم يصل إليه عوض الجزء الفائت بخلاف فصل القتل على ما ذكرنا، بخلاف ما لو أعتقه على مال أو كاتبه لأنه وصل إليه عوض الجزء الفائت، لأن البدل مقابل تجميع الأجزاء القائم والفائت لأن حقه بالجزء والفائت قائم من حيث الاعتبار ما له يصل إليه بدله، ولو قتله أجنبي لا يرجع بالنقصان قتله عمدا أو خطاء لأنه وصل إليه العوض وهو القصاص أو القيمة.

قال في «القدوري»: وإذا اشترى ثوبا أو طعاما وخرق الثوب واستهلك الطعام ثم اطلع على عيب كان (له أن) يرجع بنقصان العيب بلا خلاف، ولو لبس الثوب حتى تخرق من اللبس، أو أكل الطعام ثم اطلع على عيب به قال أبو حنيفة: لا يرجع بنقصان العيب، وقالا: يرجع والصحيح قول أبي حنيفة، لأن الأكل واللبس في ملك الغير سبب الضمان، وإنما سقط الضمان عنه بسبب الملك والثوب ما ذكرنا. وإذا اشترى عبدا (٩٦ب٣) وباع بعضه وبقي البعض لم يرد ما بقي كيلا يتضرر البائع، ضرر عيب الشركة ولم يرجع بنقصان العيب بحصة ما باع بلا خلاف، وهل يرجع بحصة ما بقي؟ ففي ظاهر رواية أصحابنا لا يرجع، وعن محمد أنه يرجع، والصحيح ما ذكر في ظاهر الرواية، لأنه متشبث بالبيع بالقدر الذي باع بيد المشتري منه مع إمكان الرد أن يرد المشترى منه ذلك بعيب نقضا، فيصير راضيا في القدر الذي باع فيصير راضيا بالباقي ضرورة عدم التجزؤ.." (١)

_____"

وذكر الحاكم الشهيد في «المنتقى»: أن من أجر دابة على أنه إن أتى عليها الكوفة فبعشرة وإن أتى القصر وهو المنتصف فبخمسة فهو جائز قال: وإن قال: وإن القصر وهو المنتصف فبستة لا يجوز قال: لأنه إذا أتى القصر لا يدري ما عليه ست أو خمسة.

كتب ابن سماعة إلى محمد رحمه الله: في رجل استأجر رجلا على عدل قطن وعدل هروي وقال احمل أي هذين العدلين شئت إلى منزلي على أنك إن حملت القطن فلك أجر درهم، وإن حملت الهروي فلك أجر درهمين، فحمل الهروي والقطن جميعا إلى منزله فالإجارة جائزة، وأيهما حمل أول مرة فهو الذي ألقاه الإجارة وهو متطوع في حمل الآخر ضامن له إن ضاع في قولهم جميعا؛ وهذا لأن الإجارة وقعت في

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٧٣٨/٦

أحدهما لا بعينه فإذا حمل أحدهما بعين هو معقودا عليه وانتهت الإجارة بحمله فيكون متطوعا في حمل الآخر ضرورة، وهو ضامن للآخر إن ضاع في يده؛ لأن حمل الآخر حصل بغير إذن وإن حملهما جملة فعليه نصف أجر كل واحد منهما وعليه ضمان نصف كل واحد منهما عند أبي حنيفة إن ضاعا واشترك كل واحد منهما عند أبي حنيفة إن ضاعا واعتبر كل واحد منهما معقودا عليه من وجه دون وجه ونصف الحملان عنده.

ألا ترى كيف ينصف الأجر بلا خلاف. وعلى قولهما خمنهما إن ضاعا؛ لأنه انعقد سبب الضمان على حق كل واحد منهما وهو القبض في أوانه. (٤١٩أ)

وفي «نوادر هشام» عن محمد رحمه الله: إذا قال لغيره: إن حملت هذه الخشبة إلى موضع كذا فلك درهم، وإن حملت هذه الخشبة الأخرى إلى ذلك الموضع فلك درهمان، فحملهما حملة إلى ذلك الموضع، فله درهمان أوجب أكثر الأجرين بكماله وإنه يخالف رواية ابن سماعة في العدلين.

ولو قال للخياط: إن خطته اليوم فلك درهم وإن خطته غدا فلك نصف درهم، فالشرط الأول صحيح في قول أبي حنيفة رحمه الله، حتى إنه لو خاطه في اليوم الأول وجب له درهم والشرط الثاني فاسد حتى لو خاطه في اليوم الثاني يجب أجر المثل.." (١)

"-----

أما البصري يضمن جميع الفسطاط نصيبه؛ لأنه أمسكها في موضع لم يأذن له المالك بالإمساك فيه ونصيب الكوفي؛ لأنه مودع الكوفي إن لم يأذن له بالانتفاع بنصيبه والكوفي غاصب ومودع الغاصب ومستعيره ضامن، وإنما قلنا ذلك؛ لأن الكوفي لما دفع نصيبه إلى البصري حتى يمسكها في طريق البصرة صار غاصبا، بهذا التسليم؛ لأنه ليس له أن يسلم نصيبه إلى أحد حتى يمسكه في طريق البصرة أو ينتفع به، وإذا صار الكوفي غاصبا بهذا التسليم صار البصري مودع الغاصب أو مستعيره، وإنه ضامن في حق المالك، فصار البصري ضامنا جميع الفسطاط من هذا الوجه، ويضمن الكوفي النصف؛ لأنه لم يوجد منه سبب ضمان في نصيب البصري، إنما وجد منه سبب الضمان في نصيبه ولا أجر عليهما في الرجعة؛ لأنهما أمسكا الفسطاط في موضع لم يأذن لهما المالك بالإمساك فيه فلا يكون عليهما أجر هذا الذي ذكرنا إذا ذهب البصري بالفسطاط إلى البصرة، فأما إذا ذهب الكوفي إلى الكوفة بغير أمر البصري يضمن نصف الفسطاط وهو نصيب البصري فلا يضمن نصيبه وعليه نصف الكراء في الرجعة، ولا يجب على البصري

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٧/٧٥٢

شيء في الرجعة أما يضمن نصيب البصري، لأنه غصب من البصري نصيبه فيصير ضامنا نصيب البصري ولا يضمن نصيب نفسه؛ لأنه لم يمسكها في موضع لم يؤذن له بالإمساك فيه وعليه نصف الكراء؛ لأنه انتفع بنصيبه في طريق الكوفة ولا أجر على البصري في نصيبه في الرجعة؛ لأنه غصب من المستأجر هذا إذا ذهب الكوفي به إلى الكوفة بغير أمر البصري، فأما إذا ذهب به إلى الكوفة بأمر البصري فلا ضمان على البصري في نصيبه على قول محمد رحمه الله سواء أعار منه نصيبه أو أودعه بأن قال: انتفع به يوما في نوبتك واحفظها يوما في نوبتي، لأن من مذهب محمد رحمه الله أن لمستأجر الفسطاط أن يعيره من غيره، وأن يودع في المكان الذي أضيف إليه العقد ولا يصير ضامنا بذلك؛ لأنه يجب عليه الأجر بذلك.." (١)
"-----

وإذا تكارى منزلا ولم يسم ما يعمل فيه فقعد فيه حدادا أو قصارا فهذا على وجهين: إما إن انهدم الدار من عمله وفي هذا الوجه عكسه ضمان ما انهدم وقد مرت هذه المسألة في أول هذا الفصل قال: ولا أجر عليه فيما ضمن؛ لأنه ملك المضمون بالضمان من وقت العقد؛ لأن سبب الضمان مجموع عمل الحدادة والقصارة لا الحز والأخير الذي حصل الانهدام عقيبه وإذا صار الانهدام مضافا إلى الكل صار هذا العمل من وقت العقد سبب ضمان فيملكه من ذلك الوقت، وإذا ملك المضمون من ذلك الوقت انقطعت به الإجارة فلا يكون عليه الأجر فيما ضمن ولم يقل في «الكتاب» إنه هل يجب الأجر فيما لم يضمن وهو الساحة وينبغي أن يجب؛ لأن امتناع الوجوب فيما ضمن لثبوت الملك للمستأجر فيما ضمن من وقت العقد ولم يثبت له الملك في الساحة؛ لأن الملك حكم الضمان ولا يجب الضمان في الساحة وإن لم تنهدم الدار من عمله يجب الأجر استحسانا وقد مر وجهه في أول هذا الفصل.

وإذا ربط المستأجر دابته على باب الدار المستأجرة وضربت إنسانا فمات أو صدمت حائطا، قال: الضمان عليه؛ لأن ربط الدابة على باب المنزل من مرافق المنزل عرفا فالناس في عاداتهم يرتفقون بالساكن بربط الدواب، وإذا كان هذا من مرافق السكنى عرفا ملكه المستأجر بالإجارة فلم يكن متعديا في فعله ذلك فلا يصير ضامنا ولو أدخل صاحب الدار دابته في الدار المستأجرة أو ربطها على بابها فأوطأت إنسانا فهو ضامن إلا إذا فعل ذلك بإذن المستأجر أو دخل الدار متعمدا لزم منها ما انهدام.
وهذا بخلاف ما لو أعار رجل داره من رجل ثم إن المعير ربط دابته على باب الدار أو ضربت إنسانا أو

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٨/ ١٥٠

هدمت جدارا فإنه لا ضمان؛ لأن بعد الإعارة بقي للمعير ولأنه ربط الدابة على بابها فلا يكون متعديا في فعل ذلك.." (١)

"_____

ومنهم من يقول: إنه موافق في الخياطة، فإن الخيوط الذي استعملها فيه داخل تحت الإذن، وإنما حصل الخلاف في نفس القطع، والغاصب إذا قطع الثوب ولم يخط لم يمنع صاحبه من أخذه فكذلك هذا لا يمنع رب الثوب من أخذه، بخلاف الغاصب فإنه مخالف في القطع والخياطة، فكان مخالفا من كل وجه، وقد استهلك الثوب وأحدث صنعة متفرقة بغير أمره، فهو معنى قولنا: إنه موافق من وجه مخالف من وجه. وإذا كان موافقا من وجه مخالفا من وجه، كان لصاحب الثوب الخيار، إن شاء ترك القباء عليه، وضمنه قيمة ثوبه ولا أجر له، وإن شاء أخذ القباء وأعطاه أجر مثل عمله ولا يجاوز به ما سمى، وهذا على قول من يقول: بأنه يعطيه أجر المثل متى خالفه من وجه؛ لأن العقد يفسد بالخلاف من وجه ظاهر.

وعلى قول من يقول: يعطيه المسمى إذا رضي بالعيب، نقول: ما ذكر في الكتاب محمول على ما إذا اختار وأخذ القباء ولم يرض بالعيب وله أن يأخذ القباء ولا يرضى بالعيب، ومتى كانت الحالة هذه، فإنه يعطيه أجر المثل، فأما إذا رضي بالعيب يعطيه المسمى.1

وسيأتي بيان القولين بعد هذا إن شاء الله تعالى.

وإن اختلفا، فقال الخياط: أمرتني بهذا. وقال رب الثوب: أمرتك بقميص، فالقول قول رب الثوب مع يمينه؛ لأن الأمر استفيد من جهته، وإن أقاما البينة فالبينة بينة الخياط، أقر **بسبب الضمان** وادعى ما يبرئه عنه، وهو الإذن وذلك غير ثابت، فهو ببينته يثبت ما ليس بثابت، وصاحب الثوب يثبت ما هو ثابت، وهو الضمان فكانت بينة الخياط أولى. ولو أمره بأن يخيط له قميصا فخاطه سراويلا، هل يتخير رب الثوب؟ فعلى مرد العبارة الأولى في مسألة القباء لا يتخير؛ لأن السراويل لا يشبه القميص أصلا إذ ليس له كم ولا دخريص وعلى مرد العبارة الثانية والثالثة يتخير وإنه أقرب إلى الصواب.." (٢)

"_____

وإن شاء مال إلى جهة الوفاق وضمنه في المكان الذي انكسر، وأعطاه من الأجر بحساب ذلك. وفي هذه المسألة إشكالان:

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ١٦٧/٨

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٢٥٣/٨

أحدهما: أنه قال له أن يضمنه قيمته في المكان الذي حمل، ولم يوجد منه سبب ضمان في ذلك المكان. والثاني: أنه قال: إذا ضمنه قيمته في المكان الذي انكسر أعطاه الأجر بحسابه جمع بين الأجر والضمان، والأجر مع الضمان لا يجتمعان على مذهبنا والجواب عن الإشكال الأول: لا بل وجد سبب الضمان في ذلك المكان. وهذا لأن سبب الضمان وإن كان هو من عمله ذلك حالة الانكسار، إلا أن الفساد الحاصل من عمله استبدالي حالة العقد؛ لأن الانكسار من عمله إنما أوجب الضمان باعتبار العقد، فإنه بدون عقد الإجارة الأجير يكون معينا في الحمل، ولا ضمان على المعين ولما كان وجوب الضمان باعتبار العقد كان سبب وجوب الضمان العقد من حيث الاعتبار، والحكم يضاف إلى السبب، فقد وجد سبب الضمان في المكان الذي انكسر من عمله، فلهذا يخير.

والجواب عن الإشكال الثاني: الأجر مع الضمان إنما لا يجتمعان عندنا في حالة واحدة، وقد اختلف الحالة هاهنا بيانه: أنه إذا ضمنته قيمته في المكان الذي انكسر، فقد جعل المتاع أمانة عنده من حيث حمل إلى المكان الذي انكسر، فالأجر يجب له في حالة الأمانة، وإنما صار مضمونا عند الكسر. وهذه حالة أخرى بعد انقضاء حالة الأمانة. ومثل هذا جائز. ألا ترى أنه لو حمل المتاع إلى ذلك المكان المعين، ثم أحرقه أو طرحه فإنه يضمن قيمته في ذلك المكان الذي أحرقه أو طرحه، ولا يبطل الأجر، لأن الأجر واجب في حالة الأمانة، وهذه حالة أخرى فلم يجتمع الأجر والضمان إذا.

". (١)

"_____

فأما إذا كان أجير مشترك فإنه لا يضمن ما مات من الأغنام عندهم جميعا؛ لأن الهلاك حصل من أمر لا يمكن التحرز عنه؛ لأن الموت حتف أنف مما لا يمكن التحرز عنه. فإنه ليس في هذا الراعي ذلك.

وهذا إذا ثبت الموت بتصادقهما أو بالبينة فأما إذا ادعى الراعي الموت وجحد رب الأغنام فعلى قول أبي حنيفة: القول قول الراعي؛ لأنه أمين فيكون القول قوله أنه مات كالمودع.

وأما عندهما القول قول رب الأغنام. وكان يجب أن يكون القول قول الراعي؛ لأنه أمين، لأن المال أمانة في يده عندهما. وإنما لا يضمن إذا هلك بآفة يمكن التحرز عنه؛ لأنه يعد ذلك تضييعا منه، فيضمن بالتضييع. ولهذا قالا: إذا خلط خلطا لا يمكن التمييز فإنه يضمن قيمته يوم الخلط، ولو كان قبضه قبض ضمان عندهما لكان يضمن قيمته يوم القبض كالغاصب، فدل أن المال أمانة في يد أجير المشترك عندهما.

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٢٧٥/٨

وإنما يضمن بالتضييع إذا حصل الهلاك بأمر يمكن التحرز عنه. ولهذا علل محمد رحمه الله في الكتاب فقال: لأنه ضيع حيث لم يحفظها من السبع والسرقة.

وإذا كان المال أمانة في يده وإنما يضمن بالتضييع كان يجب أن يكون القول قوله ما لم يقر بالتضييع. ولم يوجد منه الإقرار بالتضييع إلا أنه جعل القول قول رب الغنم، وذلك لأنه وجب على أجير المشترك زيادة حفظ لم يجب على المودع. وعلى أجير الوحد مخافة أن لا يضيعوا أموال الناس، فإنه يجتمع في أيديهم أموال الناس على ما أشار في حديث علي رضى الله عنه. وإنما تأتى بزيادة حفظ لم يجب على المودع، وعلى أجير الوحد إذا لم يجعل القول قوله عند الهلاك وإن لم يوجد منه الإقرار **بسبب الضمان**؛ لأنه متى علم أن القول قوله عند الهلاك. كما في المودع لا يجد في الحفظ، فلهذه الضرورة لم يجعل القول قوله عند الهلاك وإن كانت المال أمانة عنده ليحصل ما هو المقصود من زيادة حفظ وجب عليه، لم يجب على المودع وعلى أجير الوحد.." (١)

"_____

قال: وإذا اختلف الصباغ ورب الثوب فقال رب الثوب: أمرتك بأن تصبغه بعصفر، وقال الصباغ: أمرتني بأن أصبغه بزعفران. قال: القول قول رب الثوب مع يمينه. وهذا قول علمائنا. وقال ابن أبي ليلى: القول قول الصباغ مع يمينه. والخلاف في هذه المسألة، نظير الخلاف فيما إذا قال: أكلت مالك بإذنك، أو هدمت دارك بأذنك، وأنكر صاحب المال الإذن، فعلى قول علمائنا رحمهم الله: القول قول صاحب المال مع يمينه، ويضمن المقر. وعلى قول ابن أبي ليلى القول قول المقر مع اليمين، ولا ضمان عليه. وذهب في ذلك أن المقر ينكر **سبب الضمان**، وصاحب المال يدعي عليه، فيكون القول قول المنكر. كما لو أنكر الأكل أصلا، وإنما قلنا: إنه ينكر **سبب الضمان**؛ لأنه أقر بأكل موصوف بالإذن، وصبغ وخياطة موصوف بالإذن وهذا غير موجب للضمان، فكان منكرا للضمان من الأصل، كما لو قال: أقررت لك بألف درهم وأنا صبي أو مجنون، وقال المقر له: لا بل أقررت، وأنت بالع أو صفيق. وعلماؤنا: ذهبوا إلى أنه أقر بالسبب الموجب للضمان، وادعى ما يبرئه وأنكر صاحب المال البراءة، فيكون القول قوله كما لو أقر بالدين وادعى القضاء والإبراء وأنكر صاحب الدين، وإنما قلنا: أقر بالسبب الموجب للضمان، وذلك لأنه أقر بالأكل وبالصبغ في ثوب الغير، وهذا **سبب الضمان** في الصبغ متى اختار المالك ترك الثوب على الصباغ،

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٨/٢٨٧

وادعى الإذن إلا أن الإذن لم يثبت بمجرد دعواه، لما أنكر صاحب المال؛ لأنه دعوي عليه وإذا لم يثبت الإذن بقي مقرا بأكل مطلق بغير إذن، وإنه سبب ضمان. بخلاف ما لو أضاف الإقرار إلى حال الصبي؛ لأن الخلاف ثمة وقع أن السبب قد وجد، أو لم يوجد، المقر يقول: لم يوجد لأن إقرار الصبي والمجنون لا يكون إقرارا، فكان المقر منكرا الإقرار من حيث المعنى، والمقر له مدعيا، فكان بمنزلة ما لو أدعى أنه أقر له والمدعى عليه قال: لم أقر لك وكان كـما لو قالت المرأة: تزوجتني وأنا صبية، وقال: لا بل تزوجتك." (١)

_____"

بالغة كان القول قول المرأة؛ لأنها أنكرت النكاح معنى، وأما ههنا سبب الضمان قد تحقق، وهو الأكل والصبغ والقطع والخياطة، وإنه سبب ضمان إلا أنه ادعى البراءة بدعوى الإذن وأنكر صاحبه، فيكون القول قول صاحب المال، ووجه آخر للفرق وهو أن إضافة الإقرار إلى حالة الصبي ليس بدعوى على المقر له، ولكن حكاية عن فعله فيثبت فعله بقوله، أما ههنا يدعي إذن صاحب المال، وإنه فعل يوجد من صاحب المال، فيكون دعوى عليه، فلا يثبت إذا أنكر.

قال: وإذا استصنع الرجل خفين عند إسكاف، فعمله ثم فرغ منه، قال المستصنع: ليس هذا على المقدار والخرر والتقطيع الذي أمرتك، وقال الإسكاف: بل هذا أمرتني وأراد الإسكاف أن يحلف صاحب المال ليس له ذلك، بخلاف الصباغ إذا ادعى أن ما صبغ كان بأمره، وأراد صاحب الثوب كان له ذلك، وذلك لأن الصباغ يدعي على صاحب الثوب، معنى لو أقر به لزمه، ولم يكن خيار، فإذا أنكر يسـتحلف على ذلك لأن الاستحلاف بعيد فأما ههنا الصابغ يدعي على المستصبغ معنى لو أقر به لا يلزمه، فإن المستصنع لو أقر بالموافقة، أو ثبت ما ادعى بالبينة كان لا يلزمه، وكان له خيار، ومن ادعى على آخر معنى لو أقر به لا يلزمه، فإذا أنكر لا يستحلف على ذلك؛ لأن الاستحلاف لا يفيد وستأتي بعض مسائل الاستصناع في المتفرقات إن شاء الله تعالى.

الفصل الرابع والثلاثون: في المتفرقات

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٣٦٣/٨

ذكر في «النوازل»: إذا قال لآخر: أجرتك هذه الدار سنة بألف درهم، كل شهر بمئة. تقع الإجارة على ألف ومائتي درهم، ويصير القول الثاني فسخا للأول، كما لو باع بألف، ثم باع بأكثر.." (١)
_____"

وفي شهادات «المنتقى» عن أبي يوسف رحمه الله: رجل قال: إن دخل داري هذه أحد، (فامرأتي طالق)، فشهد ثلاثة نفر أو أربعة نفر أنهم دخلوا، فهذا على وجهين: إن قالوا دخلنا لا يقبل قولهم، ولا يحكم بحرية العبد؛ لأنهم شهدوا على فعل أنفسهم. وإن قال اثنان منهم: دخلنا ودخل هذا الثالث والرابع معنا قبل قولهم، وحكم بحرية العبد؛ لأن قول كل واحد منهم إخبار وشهادة، فيقبل قول كل واحد منهم في حق القضاء بالحرية من حيث إنه شهادة لا من حيث إنه خبر.

وروى الحسن بن زياد فيمن حلف بعتق مماليكه أن لا يستقرض أبدا شيئا، فشهد رجلان أنهما أقرضاه لا تقبل شهادتهما، لأنهما يشهدان على فعل أنفسهما، ولهما في هذه الشهادة منفعة، وكل ذلك مانع قبول الشهادة. ولو شهدا أنه طلب ذلك منهما، ولم يقرضاه قبلت شهادتهما؛ لأنهما يشهدان على فعل غيرهما؛ لأن الاستقراض طلب القرض، وإنه فعل المستقرض، ولا منفعة لهم في هذه الشهادة؛ لأنهما قالا: ما أقرضناه.
ولو كان حلف لا يقرض فلانا وفلانا شيئا، فشهدا أنه أقرضهما حنث في يمينه؛ لأنهما يشهدان على فعل غيرهما وهو الإقراض ولا تهمة فيها، فقبلت.
وعن أبي يوسف رحمه الله في رجل ادعى دارا في يدي رجل وشهد له شاهدان بها، وأنه كان أستأجرهما على بنائه وغير ذلك قبلت شهادتهما. ولو قالا: استأجرنا على هدمها، فهدمناها لم تقبل شهادتهما، وضمن المدعى عليه قيمة البناء؛ لأن في الفصل الثاني يدفعان عن أنفسهما مغرما بشهادتهما؛ لأنهما يريدان بذلك إسقاط ضمان لزمهما بالهدم؛ لأن البناء للمدعى عليه، فظاهر اليد وهدم بناء الغير **سبب للضمان**، وشهادة دافع المغرم لا تقبل، فأما في الفصل الأول لا يدفعان عن أنفسهما مغرما، ولا يجران إلى أنفسهما مغنما، فقبلت شهادتهما، وعلى هذا يقاس نظائره.
". (٢)

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٣٦٥/٨
(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٢١٦/٩

"-----

ونظير هذه: مسألة الملكية والكوفية أن القضاء لو اتصل بالأولى صحت الأولى وبطلت الثانية لما قلنا، وإن لم يتصل القضاء بالأولى بطلتا جميعا فكذلك ههنا، ولكنهما يضمنان الابن ما قبض الأخ من الميراث؛ لأنهما زعما أن الميراث للابن دون الأخ، وأنهما أتلفا على الابن ذلك بشهادتهما، فقد أقرا بسبب الضمان على أنفسهما فيضمنان، فصار هذا كما لو رجعا عن شهادتهما، واعتبر في «الكتاب» الشهادة الثانية رجوعا عن الأولى؛ لأن بينهما تناف، فكانت الثانية رجوعا عن الأولى ضرورة ولو شهد بالابن غير الأولين وقد استهلك الأخ، فالابن بالخيار إن شاء ضمن الشاهدين الأولين ورجعا بذلك على الأخ، وإن شاء ضمن الأخ ولم يرجع على أحد، إما يقبل شهادتهم لأنه ليس بينهما مناقضة، فكل فريق اعتمد دليلا مطلقا لأداء الشهادة، فالشهادة على النسب: جواز أدائها بناء على الشهرة والتسامع، فقد علم الأولان بنسب الأخ ب الشهرة، ولم يشتهر عندهما، ولم يبلغهما نسب الابن، فشهدا بوراثة الأخ، ثم الفريق الثاني علموا من طريق الشهرة نسب الابن، ولم يسبق منهم ما يناقض شهادتهم فقبلت شهادتهم، وقضي بنسب الابن، لأنه ليس بين الأخ والابن منافاة، وإذا ثبت نسب الابن كان أولى بالميراث من الأخ، فإن كان المال قائما في يد الأخ يسترده منه، وإن كان قد استهلكه، فالابن بالخيار إن شاء ضمن الأخ، لأنه قبض ماله بغير حق، وإن شاء ضمن الشهود، لأنهم بشهادتهم أتلفوا ماله وظهر بطلان شهادتهم بشهادة الآخرين، فصار كما لو ظهرت ذلك برجوعهم، وصار هذا كما لو شهدوا بالقتل واقتص منه بقضاء القاضي (١٢٧ب٤) ثم جاء المشهود بقتله حيا إنهم يضمنون كما لو رجعوا بذلك على الأخ؛ لأنهم ملكوا المضمون بأداء الضمان، فصار الأخ غاصبا مالهم، فكان لهم حق تضمينه.." (١)

"-----

رجل في يديه شاة مر به رجل فقال الذي في يديه الشاة للمار: اذبح هذه الشاة فذبحها، فجاءه رجل وادعى أنها شاته اغتصبها منه الذي كانت في يديه، وأقام على ذلك شاهدين، أحدهما الذابح لم تجز شهادة الذابح، علل فقال: لأنه دفع عن نفسه مغرما، طعن عيسى في هذا فقال: يجب أن تقبل شهادته؛ لأنه جر إلى نفسه مغرما؛ لأنه لما استحقها المدعي ظهر أن الآمر كان غاصبا، وأن الذابح ذبح شاة الغير بغير إذن ذلك الغير، وذبح شاة الغير بغير إذنه سبب الضمان، فعلم أنه جار إلى نفسه بهذه الشهادة مغرما. والجواب: لا بل هو دافع مغرما عن نفسه بهذه الشهادة؛ لأنا لو لم نقبل شهادته يجب الضمان عليه

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٩/٢٦١

خاصة؛ لأنه يجب بحكم إقراره أن الملك للمدعي، وأن الآمر كان غاصبا وإقراره حجة في حقه، وليس بحجة في حق غيره، وإذا قبلنا الشهادة يظهر ملك المدعي، وكون الآمر غاصبا في حق الكل، ويتخير المدعي بين تضمين الآمر وبين تضمين الذابح، وإذا ضمن الذابح كان له الرجوع على الآمر، فكان دافع مغرم من هذا الوجه، فلهذا لا تقبل شهادته.

وإذا شهد الوصي بالدين، إن شهد بالدين للميت على غيره لا يقبل؛ لأنه يثبت لنفسه حق القبض والاستيفاء فيصير شاهدا لنفسه، وإن شهد على الميت بالدين تقبل لأنه يطالب به، فيصير شاهدا على نفسه لا لنفسه فيقبل، قال: إلا أن يكون قضى الدين أولا من التركة ثم شهد بعد ذلك فحينئذ تقبل شهادته، لأنه يقصد به إسقاط الضمان عن نفسه، فيكون شاهدا لنفسه، وإن شهد لبعض ورثة الميت على الميت أو على أجنبي أو على بعض الورثة بدين، فإن كان المشهود له صغيرا لا تقبل، لأنه يثبت حق القبض والاستيفاء لنفسه، فيصير شاهدا لنفسه، وإن كان المشهود له كبيرا، ذكر شمس الأئمة السرخسي رحمه الله أن الشهادة مقبولة ولم يذكر فيه خلافا، وذكر شيخ الاسلام رحمه الله أن على قول أبي حنيفة رحمه الله لا تقبل، وعلى قولهما: تقبل، وأحال المسألة إلى كتاب الوصايا.." (١)

"_____

قال: ويستوي في ذلك أن علمه المولى برجوع الشاهد أم لم يعلمه، أما إذا علم برجوعه فلا إشكال؛ لأنه غير مضطر في اتباع المكاتب لما علم برجوع الشاهدين ووجوب الضمان عليهما، واتباعه المكاتب يتضمن براءة الشاهد عن الضمان، كما في المغصوب منه إذا اختار تضمين أحد الغاصبين، إما الأول، وإما الثاني، مع علمه بغصبهما فإنه يبرأ الآخر، إنه غير مضطر في تضمين الذي ضمنه، فإن له أن يضمن الآخر وإذا لم يكن مضطرا فقد انعقدت معاوضة بالتضمن عن طواعية، فلا يكون له فسخ ذلك، وأما إذا لم يعلم برجوعه فكذلك أيضا، وكان يجب أن لا يكون اختياره اتباع المكاتب إبراء للشاهدين عن الضمان؛ لأنه مضطر في تضمين المكاتب؛ إذ ليس يمكنه تضمين الشاهدين لما لم يعلم برجوعهما، ولما كان مضطرا في اتباع المكاتب يجب أن لا يبرأ الشهود عن الضمان، كالمغصوب منه إذا اختار تضمين الغاصب الأول ولم يعلم بغصب الثاني منه ثم علم، كان له أن يتبع الثاني ويفسخ تضمينه الغاصب الأول؛ لأنه مضطر في تضمين الغاصب الأول لما لم يعلم بغصب الثاني فيجب أن يكون هنا كذلك، إلا أن الجواب عنه أن تضمين المكاتب إنما حصل من المولى وهو عالم بوجود **سبب الضمان** من الشاهد، فإنه علم أنه شهد بزور وأنه

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٢٧٧/٩

ضامن وإن لم يرجع، وإذا علم بوجود **سبب الضمان** من الشاهد كان بمنزلة ما لو ضمن الغاصب الأول وهو يعلم بغضب الثاني ولو كان كذلك برئ الثاني، فكذلك هذا.

فأما في مسألة الغصب ضمن الأول ولم يعلم بوجود **سبب الضمان** من الثاني فكان مضطرا في تضمين الأول فكان بمنزلة ما لم يعلم بغصب الثاني إلا أنه ... إنسان أن يضمن الأول، ولو كان كذلك لكان له أن يفسخ تضمينه ويتبع الثاني فكذلك هذا.." (١)

"_____

ثم إذا حضر الكفيل فإن شاء رجع على البائع بما نقد، وإن شاء رجع على المشتري؛ لأنه وجد في كل واحد منهما ما هو **سبب الضمان** في حق الكفيل، أما البائع فلأنه قبض مال الكفيل بحكم الكفالة الباطلة؛ لأنه بظهور هذه الأسباب تبين أن الثمن لم يكن واجبا على الأصيل، والكفيل يتحمل عنه أو نقول الكفيل قضى دينا على ظن أنه عليه، وتبين أنه ليس عليه، فكان له أن يرجع بما قضي على القابض، وأما المشتري فلأن المشتري لما أمره بالكفالة عنه بالثمن فقد أمره بأن يقضي دينه بشرط الضمان بالقضاء إن لم يصح؛ لأنه ظهر أن الثمن لم يكن واجبا، نفى الأمر بالدفع بشرط الضمان، كأنه قال: لم أدفع إلى فلان ألف درهم على أني ضامن لك، أو نقول: لما أمره بالكفالة فقد ضمن له تسليم ما يؤدي من ملك نفسه لمنفعة له في ذلك، وهو براءة ذمته، فيثبت له حق الرجوع لما ضمن له كالمغرور يرجع على البائع بقيمة الأولاد؛ لأن البائع ضمن للمشتري سلامة الأولاد بما شرط عليه لنفسه من الثمن، فإن أخذ من البائع لم يرجع البائع على المشتري، وهذا ظاهر لأنه ظهر أن المشتري لم يملك المبيع، فلا يملك البائع الثمن عليه، وإن أخذ من المشتري رجع المشتري على البائع بما نقد الكفيل؛ لأن الكفيل لما رجع على المشتري صار المنقود ملكا للمشتري، أو قام المشتري مقام البائع على ما ذكرنا.s

وإن أراد المشتري بعدما حضر الكفيل اتباع البائع، وذلك قبل أن يختار الكفيل اتباع المشتري ليس له ذلك، وكان ينبغي أن يكون له ذلك؛ لأن الكفالة أن يطلب من استحقاق لما بينا، بقي الأمر بدفع مطلق إلى البائع صحيحا صار دفع الكفيل كدفع المشتري بنفسه، وهناك الجواب كما قلنا، فهنا كذلك.." (٢)

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٦٢٨/٩

(٢) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٥٢/١٠

"_____

ولو بدأ الذي ادعى الحبل عن ابنه بالدعوى، لا تصح دعوته في حق النسب (٤٢٤١أ) لأنه يحمل النسب على الغير، ولكن يعتق نصف الجارية ونصف الولد بإقراره؛ لأنه زعم أن الجارية عتقت بموت الأب، وأن الولد حر الأصل وهو مالك لنصفها، فيصح إقراره بعتق نصف الجارية والولد، ويبقى نصف الجارية ونصف الولد رقيقا للآخر عند أبي حنيفة رحمه الله؛ لأن العتق عنده متجزئ ولا يضمن المدعي لأخيه شيئا لا من الأم ولا من الولد لأن المدعي لم يقر **بسبب الضمان**، فإنه لم يقر أنهما عتقا من جهته، وإنما أقر أنهما عتقا من جهة أبيه، وعتق الأب لا يوجب عليه ضمانا فيكون منكرا للضمان، وهو بمنزلة عبد بين شريكين أقر أحدهما أن صاحبه أعتق نصيبه؛ لا يضمن لصاحبه شيئا، وإن فسد نصيب صاحبه بإقراره؛ لأنه أقر بإعتاق صاحبه لا بإعتاق نفسه كذا ههنا، وأما على قول أبي يوسف ومحمد: إذا ادعى أن الحبل من أبيه أعتق الجارية كلها والولد لأن العتق عندهما لا يتجزأ ولا يضمن لصاحبه شيئا لما ذكرنا، فإن ادعى الآخر الولد بعد ذلك أنه ابنه؛ فعلى قول أبي حنيفة رحمه الله صحت دعوته، لأن ملكه في نصف الجارية والولد قائم عنده، وهذا كاف لصحة الدعوى، وصار نصيبه من الجارية أم ولد له، ولا يضمن لصاحبه شيئا لا من الولد ولا من الجارية، لأن المدعي لم يفسد على صاحبه نصيبه، لأن نصيب صاحبه عتق عليه بإقراره؛ لأن الحبل من أبيه، ويضمن نصف العقر لصاحبه، إن صدقه صاحبه أخذ ذلك منه لأن في زعمه أنه وطء جارية الأب وضمن العقر لأبيه، إلا أنه ورث النصف من ذلك فسقط عنه النصف، وبقي النصف لصاحبه فيأخذه صاحبه إن صدقه صاحبه في ذلك، وإن كذبه بطل زعمه وإقراره، وعلى قول أبي يوسف ومحمد ثبت نسب الولد منه استحسانا وإن لم يكن له فيه ملك لما أنه عتق كله بإقرار المدعي الأول، إنما يثبت لأنه ادعى نسب صغير ليس له نسب معروف، فتصح دعوته استحسانا، كما لو ادعى نسب لقيط وضمن نصف العقر لصاحبه." (١)

"_____

قال محمد رحمه الله في «الأصل»: أمة أبقت إلى رجل وأخبرته أنها حرة، وتزوجها أنها حرة، فولدت لها أولادا، ثم جاء مولاها وأقام البينة على أنها أمته؛ قضى القاضي له بالجارية وبالأولاد إلا أن يقيم الزوج البينة على أنها تزوجته على أنها حرة، أما القضاء بالجارية؛ لأن الجارية عين ماله، وأما القضاء بالأولاد، فلأن الأولاد فرع الجارية وجزؤها فتكون مملوكة لصاحب الجارية إلا أن يظهر سبب حرية الجزء وذلك

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٥٥٤/١٠

(٢٤٥ب٤) ههنا الغرور، غير أن الغرور لا يثبت بمجرد دعوى الزواج بل يشترط إقامة البينة عله، فإذا أقام الزوج البينة على أنها حرة، فقد ثبت الغرور، فلا يقضى بالأولاد للمولى بل يجعلهم أحرارا بالقيمة؛ لأن ولد المغرور حر بالقيمة بإجماع الصحابة، وهذا لأن ولد المغرور علق حرا في حق المستولد؛ لأنه لم يرض برق مائه، وعلق رقيقا في حق المستحق لأنه متولد من ذات مرقوق، فجعله الشرع حرا بالقيمة نظرا من الجانبين ومراعاة للطريقين.

وطريقه: أن ولد المغرور علق رقيقا في حق المستحق، فصار الزوج بما ثبت فيه من الحرية حقا للزوج مانعا الولد عن المستحق، ومنع الملك على المالك بعد الطلب سبب وجوب الضمان، ولهذا تعتبر قيمة الولد يوم الخصومة؛ لأن وجوب الضمان على المستولد باعتبار منع المملوك عن المالك، والمنع إنما يتحقق عند الخصومة، فتعتبر القيمة يوم الخصومة لهذا؛ وتكون قيمة الولد على المستولد، ولا يكون على الولد ولا في ماله؛ لأن سبب الضمان إنما وجد من المغرور لا من الولد؛ لأن سبب الضمان منع الولد بالحرية، وحرية الولد إنما تثبت من جهة المستولد، وهو اشتراط الحرية عند العقد، فلهذا كان الضمان على المستولد في ماله.." (١)

"_____

أحدهما: أن تدعي على رجل حاضر أنه كان لي على زوجي فلان بن فلان ألف دينار ونصفها بقيمة صداقي، وإنك ضمنت لي ذلك عن زوجي فلان هذا المذكور إن حرمني على نفسه بثلاث تطليقات، وإني أجزت هذا الضمان معلقا بهذا الشرط في مجلس الضمان هذا، ثم إن زوجي فلان حرمني على نفسه بثلاث تطليقات، وصارت هذه الدنانير المذكورة دينا لي عليك بحكم الضمان المذكور فيه، وأنت في علم من هذه الحرمة المذكورة فيه بالسبب المذكور فيه، فواجب عليك الخروج من ذلك بإزائها إلي، فيقر المدعى عليه بالضمان كما ادعت، وينكر العلم بوقوع الحرمة، فتجيء المرأة بشهود يشهدون على أن زوجها حرمها على نفسه بثلاث تطليقات، فهذا هو صورة الدعوى.

صورة المحضر: أن يكتب حضرت، وأحضرت مع نفسها، فادعت هذه التي حضرت على هذا الذي أحضرته بذكر دعواها على نحو ما ذكرنا من أوله إلى آخره.

سجل هذه الدعوى على نحو ما بينا إلى قوله: أحضرت المدعية نفرا ذكر(ت) أنهم شهودها على موافقة الدعوى، وسألتني شهادتهم، فأجبتها إلى ذلك، فشهدوا بعد الإشهاد عقيب الدعوى، والإنكار من المدعى

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ٥٩٧/١٠

عليه وقوع هذه الحرمة الواحد بعد الآخر من نسخة قرئت عليهم، وهذا مضمون تلك النسخة: كواهي سيدهم كه اين زن حاضر آسده، وأشار إلى المدعية هذه زن فلان بن فلان بود وبرا برخو يشتن حام كرد به طلاق، وأمرد زاين زن حاضر أده محرمة است برين فلان بس طلاق، وأشار كل واحد منهم في جميع مواضع الإشارة، فسمعت شهادتهم إلى أن يصل إلى قوله: وحكمت بكون هذه المرأة التي حضرت محرمة على زوجها فلان بالسبب المذكور فيه، وقضيت لهذه التي حضرت على هذا الذي أحضرته معها بوجوب هذا المال المذكور مبلغه وجنسه فيه، وذلك كذا **بسبب الضمان** المذكور، وعند وجود شرطه، وهو تحريم فلان زوج هذه التي حضرت إياها على الوجه المذكور فيه في وجه المتخاصمين هذين، ويتم السجل.." (١)

"محضر في دعوى تجهيل الوديعة

حضر وأحضر، فادعى هذا الذي حضر على هذا الذي أحضره أني دفعت إلى أب هذا الذي أحضرته فلان صرة مسدودة مكتوب عليها: توكلت على الله بضاعة إبراهيم الحاجي، وفيها خمسة أعداد من اللعل البد خشاني وزن كل واحد سبعة دراهم، وقيل: وكل كذا، وإن أب هذا الذي أحضرته فلان قبض ذلك كله مني قبضا صحيحا، وتوفي قبل رد ذلك إلى التجهيل لها من غير بيان، وصارت قيمة ذلك دينا في تركته لي، وشهد الشهود بذلك، فرد المحضر بعلة أن المدعي في دعواه، والشهود في شهادتهم أثبتوا قيمة هذه الأشياء يوم التجهيل؛ لأن **سبب الضمان** في مثل هذا الموضع التجهيل، فيراعي القيمة يوم التجهيل.

قلت: وقد ذكر محمد في كفالته: لو أن رجلا أودع رجلا عبدا، وجحده المودع، ومات في يده، ثم أقام المودع بينته على الإيداع، وعلى قيمته يوم الجحود، قضي على المودع بقيمته يوم الجحود.

ولو قالوا: لا نعلم قيمته يوم الجحود، ولكن علمنا قيمته يوم الإيداع، وهو كذا قضى القاضي على المودع بقيمته يوم القبض بحكم الإيداع، وهذا لأن **سبب الضمان** على المودع في فصل الجحود الجحود، إذا علم قيمة الوديعة يوم الجحود، وإذا لم يعلم قيمته يوم الجحود، وعلم قيمته يوم الإيداع، **فسبب الضمان** في حقه القبض بحكم الإيداع؛ وهذا لأن الضمان إنما يجب على المودع بالجحود والقبض السابق، فإنه لو جحد الوديعة، وقال: لا وديعة لك عندي، وكان الأمر كذلك بأن لم يكن قبضها لا يجب الضمان، وإذا كان قبضها، ولم يجحد لا يجب الضمان أيضا، قلنا: والجحود آخرهما وجودا، فيحال بالضمان عليه،

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ١٠/٦٩٦

فجعلنا سبب الضمان في حقه الجحود، وأوجبنا قيمته يوم الجحود.

وإذا لم يشهدوا بقيمته يوم الجحود، وشهدوا بقيمته يوم الإيداع تعذر إحالة الضمان على الجحود، فأحلناه على القبض السابق، وجعلنا سبب الضمان في حقه القبض السابق، وأوجبنا قيمته يوم القبض السابق.." (١)

" ﴿ باب المأذون يبيعه مولاه أو يعتقه ﴾

قوله : فإن شاء الغرماء إلخ لأن هذا العبد تعلق حقهم به لتعلق ديونهم برقبته ولهذا كان لهم أن يبيعوه إلا أن يقضي المولى ديونهم فإذا كان حقهم فهو بهذا البيع والتسليم أبطل حقهم فيكون لهم ولاية أن يضمنوه قيمته إن شاؤا وإن شاؤا ضمنوا المشتري لأنه أبطل حقهم بالشراء والقبض وإن شاؤا أجاز البيع وأخذوا الثمن لأن هذا العبد حقهم وهو في معنى المرهون

قوله : فللمولي أن يرجع إلخ لأن سبب الضمان البيع والتسليم وقد زال

قوله : وقال إلخ الحاصل أن الدين إذا لم يكن مستغرقا لرقبة المأذون وكسبه لم يمنع ثبوت الملك للمولى في كسبه بلا خلاف فإذا كان مستغرقا لرقبته وكسبه يمنع عند أبي حنيفة (رحمه الله) خلافا لهما هما يقولان : ما هو علة الملك لم يختل وهو ملك الرقبة ولهذا ملك إعتاقه ووطئها إن كانت جارية ولأبي حنيفة (رحمه الله) أن ملك الرقبة علته يشرط الفراغ عن حاجة العبد وقد عدم الشرط فلم يصر علة فكان ينبغي أن يكون القليل مانعا إلا أنا لو قلنا بهذا يؤدي إلى أمر محال ." (٢)

" ﴿كتاب الإقرار ﴾

قوله : فهو ضامن لأنه إقرار بسبب الضمان والأخذ وادعى ما يوجب البراءة وهو المنكر فالقوال قوله مع اليمين ووجب الضمان على المقر إلا أن ينكل الخصم عن اليمين فحينئذ لا يلزمه

قوله : لم يضمن لأنه ما أقر بسبب الضمان بل أنكره حيث أضاف الفعل إلى صاحب المال فكان القول قوله مع يمينه

قوله : وقال أبو يوسف ومحمد إلخ لهما أن المقر أقر باليد له ثم ادعى عليه الاستحقاق فوجب الرد وإثبات قوله بالحجة كما في الوديعة واستحسن أبو حنيفة الفرق بينهما وذكر القمي الفرق بينهما فقال : في مسئلة الوديعة قال : فأخذتها منه فوجب جزاؤه وجزاء الأخذ الرد وفي مسئلة العارية قال : فردها علي

---

(١) المحيط البرهاني للإمام برهان الدين ابن مازة، المؤلف غير معروف ١٠/٧٨٩

(٢) النافع الكبير، المؤلف غير معروف ص/٣٦٣

فافترقا لافتراقهما في الوضع لكن هذا غير صحيح لأنه ذكر الأخذ في كتاب الإقرار وكذا ذكر عن أبي يوسف ومحمد الأخذ ههنا وإنما الفرق لأبي حنيفة أن اليد في باب العارية والإجارة ضرورية فيكون عدما في ما وراءه فلا يكون هذا إقرارا باليد له مطلقا بخلاف الوديعة لأن اليد حق مقصود في عقد الوديعة فيكون الإقرار منه بأن العين كان في يده إقرارا بالملك له

قوله : إذا وصل صدق لأن ظاهر كلام المرأ منصرف إلى الجياد ويحتمل الزيوف فكان هذا بيانا فيه معنى التغيير فيصح متصلا ولا يصح منفصلا وكذلك الستوقة لأنها دراهم مجازا ولأبي حنيفة أن الزيافة عيب ومطلق العقد يقتضي السلامة عن العيوب فكان دعوى الزيافة رجوعا عن بعض ما أقر به فلا يصح

قوله : صدق لأنه ليس لهما مقتضى في الجودة والزيافة فإن كل واحد منهما يرد على السليم والمعيب فكان بيانا محضا فيصدق وصل أم فصل

قوله : وإن وصل صدق لأنه استثناء والاستثناء إنما يعمل إذا كان موصولا ولا يعمل إذا كان مفصولا ولو فصل بينهما بفصل يقع بطريق الضرورة بأن انقطع عليه الكلام ثم وصل به روي عن أبي يوسف أنه قال : يعمل هذا وعليه الفتوى فإن هذا وصل من حيث الحقيقة

قوله : وللآخر خمسون لأن إقراره على الميت لا ينفذ فجعل كالمستوفي بنفسه ." (١)

"مالكا لمقدار قيمة ما بقي من العبد، قلت أو كثرت.

وتفسير الاعسار أن لا يقدر على هذا.

ثم إنما تعتبر القيمة في الضمان والسعاية، يوم الاعتاق، لانه **سبب الضمان**.

وكذا يعتبر حال المعتق في يساره وإعساره يوم الاعتاق، حتى إذا كان موسرا يثبت للشريك حق التضمين، فإذا أعسر المعتق لا يبطل حق التضمين، وإن كان معسرا حتى يثبت حق الاستسعاء للشريك ثم إذا أيسر المعتق ليس للشريك حق التضمين.

ولو اختلفا في قيمة العبد لا يخلو إما إن كان العبد قائما أو هالكا فإن كان قائما، إن كانت الخصومة وقعت في حال الاعتاق، تعتبر قيمة العبد، للحال، ويحكم عليه بذلك، ويسقط اعتبار البينة والتحالف.

وإن اتفقا أن الاعتاق سابق على حال الخصومة فلا يمكن الرجوع إلى قيمة العبد، للحال، لان قيمة العبد قد تزيد وتنقص في هذه المدة، ويكون القول قول المعتق، لانه ينكر الزيادة.

وإن كان العبد هالكا فالقول قول المعتق، لا نكاره الزيادة.

---

(١) النافع الكبير، المؤلف غير معروف ص/٤١٦

وإن اختلفا في حال المعتق من اليسار والاعسار، والعتق متقدم على حال الخصومة إن كانت مدة يختلف فيها اليسار والاعسار فالقول قول المعتق، لانه ينكر اليسار، وإن كان لا يختلف يعتبر الحال.

والفصل الثاني إذا قال لعبديه: أحدكما حر، أو قال: هذا حر أو هذا حر، أو

سماهما فقال: سالم حر أو بزيع حر فالمولى بالخيار بين أن يعين العتق." (١)

"وفي الغصب والوديعة يصدق وصل أو فصل.

- ولو قال: علي من ثمن بيع ألف درهم ستوقة أو رصاصا لا يصدق عند أبي حنيفة، وعن أيوسف أنه يصدق إذا وصل.

وفي البيع الفاسد وفي الغصب والوديعة يصدق في الستوقة بشرط الوصل في قولهم جميعا.

- ولو قال: له علي ألف درهم ثم قال: هو ثمن عبد لم أقبضه منه لم يصدق في قول أبي حنيفة، إلا أن يقول موصولا، والعبد قائم بعينه، في يد المقر له، وعندهما: إن صدقه المقر له كان القول قوله، وإن لم يصدقه كان الالف له، لازما عليه.

- ولو قال: اقتضيت من فلان ألف درهم التي لي عليه أو قال: استوفيت أو قبضت أو أخذت وقال المقر له: لم يكن لك علي شئ يؤمر بردها إليه، مع يمينه على ما يدعيه المقر.

- ولو قال: أخذت من فلان ألف درهم وديعة، فقال فلان: بل أخذت غصبا فالقول قول المقر له لما قلنا.

- ولو قال: أودعني فلان ألف درهم أو قال: أعطاني وديعة،

فقال: لا بل أخذتها غصبا فالقول قول المقر لانه ما أقر **بسبب الضمان** وهو الاخذ.

ثم الاقرار في حالة الصحة يصح للاجنبي والوارث جميعا من جميع المال ولا يكون الدين المتقدم أولى ويكون الغرماء أسوة إذا صار مريضا ليس له أن يؤثر البعض في القضاء، وفي الاداء في حالة الصحة له أن يؤثر البعض، لان الدين يثبت في الذمة حالة الصحة، وإنما ينتقل." (٢)

"""""""" صفحة رقم ٦٣ """"""

قال : (وتجوز أجرة الحجام) فقد صح أنه عليه الصلاة والسلام احتجم وأعطى الحجام أجره والنهي الوارد فيه للإشفاق لما فيه من الدناءة وبإجماع المسلمين . قال : (والحمام) للتعامل ولا اعتبار للجهالة مع اصطلاح المسلمين .

---

(١) تحفة الفقهاء، المؤلف غير معروف ٢/٢٦٣

(٢) تحفة الفقهاء، المؤلف غير معروف ٣/٢٠١

قال : (ومن استأجر دابة ليحمل عليها طعاما بقفيز منه فهو فاسد) لأنه جعل الأجر بعض ما يخرج من عمله فصار كقفيز الطحان ، وقد نهى النبي (صلى الله عليه وسلم) عن قفيز الطحان ، وهو

أن يستأجر ثورا أو رحى ليطحن له حنطة بقفيز منها . وينبني على هذا مسائل كثيرة تعرف بالتأمل : منها إذا دفع إلى حائك غزلا لينسجه بالنصف ، والمعنى فيه أن المستأجر عجز عن الأجرة وهو بعض المنسوج والمطحون ، لأن ذلك إنما يحصل بفعل الأجر فلا يكون قادرا بقدرة غيره .

قال : (ولو قال أمرتك أن تخيطه قباء ، وقال الخياط قميصا فالقول لصاحب الثوب) وكذا إذا اختلفا في صبغ الثوب أصفر أو أحمر ، أو بزعفران أو بعصفر ؛ ووجهه أن الخياط والصباغ أقر **بسبب الضمان** وهو التصرف في ملك الغير ، ثم ادعى ما يبرئه وصاحبه ينكر ، ولأن الإذن يستفاد من جهة رب الثوب فيكون القول قوله لأنه أخبر بذلك (ويحلف) لأنه لو أقر لزمه فيحلف لاحتمال النكول (فإذا حلف فالخياط ضامن) معناه : إن شاء ضمنه الثوب ، وإن شاء أخذه وأعطاه أجر مثله ، أو ما زاد الصبغ في رواية (ولو قال خطته بغير أجر ، وقال الصانع بأجر ، فإن كان قبل العمل يتحالفان ويبدأ بيمين المستأجر) لأن كل واحد منهما يدعي عقدا والآخر ينكره ، لأن أحدهما يدعي هبة العمل ، والآخر يدعي بيعه (وإن كان بعد العمل فالقول لصاحب الثوب) لأنه منكر ، لأنه لا قيمة للعمل بدون العقد ، وهذا قول أبي حنيفة . وذكر أبو الليث عنه في العيون إن كانت الخياطة حرفته فله أجر مثله عملا بالعرف ، وإلا فلا أجر له ويكون متبرعا لما بينا . وقال أبو يوسف : لا أجر له إلا أن يكون معاملة فيكون له الأجر جريا على عادتهما . وقال محمد : إن اتخذ حانوتا وانتصب لهذه الصناعة فله الأجرة وإلا فلا ، وعليه الفتوى ، لأنه دليل على العمل بالأجرة عرفا ، والمعروف كالمشروط .." (١)

"""""""""" صفحة رقم ١٠٢ """"""""

شيئا لزمهما) إحياء لحق المتلف عليه ، والضمان يجب بغير قصد كجناية النائم والحائط المائل ، ولأن الإتلاف موجود حسا وهو **سبب الضمان** ، فلا يرد إلا في الحدود والقصاص ، فيجعل عدم القصد شبهة ، وينقلب القتل في العمد إلى الدية على ما يعرف في بابه إن شاء

---

(١) الاختيار لتعليل المختار، المؤلف غير معروف ٢/٦٣

الله تعالى .
قال : (وأقوال العبد نافذة في حق نفسه) لأهليته (فإن أقر بمال لزمه بعد عتقه) لعجزه في الحال وصار كالمعسر (وإن أقر بحد أو قصاص أو طلاق لزمه في الحال) لأنه في حق الدم مبقي على أصل الحرية ، ولهذا لا ينفذ إقرار المولى عليه بذلك ولا يستباح بإباحته ؛ وأما الطلاق فلقوله عليه الصلاة والسلام : ' لا يملك العبد إلا الطلاق ' ولأنه أهل ولا ضرر فيه على المولى فيقع .
قال : (وبلوغ الغلام بالاحتلام أو الإحبال ، أو الإنزال ، أو بلوغ ثماني عشرة سنة .
والجارية بالاحتلام ، أو الحيض ، أو الحبل . أو بلوغ سبعة عشرة سنة) لأن حقيقة البلوغ بالاحتلام والإنزال . قال عليه الصلاة والسلام : ' خذ من كل حالم وحالمة دينار ' أي بالغ وبالغة ، والحبل والإحبال لا يكون إلا به ، والحيض علامة البلوغ أيضا ، قال عليه الصلاة والسلام : ' لا صلاة لحائض إلا بخمار ' أي بالغ ؛ وأما البلوغ بالسن فالمذكور مذهب أبي حنيفة ، وقالا : بلوغهما بتمام خمس عشرة سنة لأنه المعتاد الغالب . وعن ابن عمر رضي الله عنه قال : ' عرضت على النبي (صلى الله عليه وسلم) وأنا ابن أربع عشرة سنة فردني ، وعرضت عليه في السنة الثانية فأجازني ' وله قوله تعالى :) ولا تقربوا مال اليتيم إلا
بالتي هي أحسن حتى يبلغ أشده ([الأنعام : ١٥٢] . قال ابن عباس رضي الله عنه : ثماني عشرة سنة ، وهي أقل ما قيل فيه ، فأخذنا به احتياطا ، هذا أشد الصبي ، فأما أشد الرجل فأربعون ، قال الله تعالى :) حتى إذا بلغ أشده وبلغ أربعين سنة ([الأحقاف : ١٥] والأنثى أسرع بلوغا فنقصناها سنة .." (١)

""""""""" صفحة رقم ١٦٤ """""""""

من ملكه يدا وتصرفا ، فإن أزاله بغير عوض ضمن الجميع ، وإن كان بعوض إن كان مثلا له لا ضمان عليه ، وإن كان أقل منه ضمن النقصان ، والقاضي ملجأ إلى القضاء من جهة الشهود فلا يضاف الإتلاف إليه .
قال : (ولا يصح إلا في مجلس الحكم) لأنه يحتاج فيه إلى حكم الحاكم بمقتضى الرجوع ، فلا بد من مجلس القاضي كما في الشهادة ، ولأنه توبة والشهادة جناية ، فيشترط

---

(١) الاختيار لتعليل المختار، المؤلف غير معروف ١٠٢/٢

استواؤها في الجهر والإخفاء ؛ ولو أقام المشهود عليه البينة أنهما رجعا لم تقبل ولا يحلفان ، فإن قال رجعت عند قاض آخر كان هذا رجوعا مبتدأ عند القاضي . قال : (فإن رجعوا قبل الحكم بها سقطت) لأن الحق لا يثبت إلا بالقضاء والقضاء بالشهادة وقد تناقضت . قال : (وبعده لم يفسخ الحكم) لأن الشهادة والرجوع عنها سواء في احتمال الصدق والكذب ، إلا أن الأول ترجح بالقضاء فلا ينقض بالثاني . قال : (وضمنوا ما أتلفوه بشهادتهم) لإقرارهما **بسبب الضمان** على ما بيناه ، فلو شهد أنه قضاه دينه أو أبرأه منه فقضى به ثم رجعا ضمنا لما مر .

قال : (فإن شهدا بمال فقضي به وأخذه المدعي ثم رجعا ضمناه للمشهود عليه) لوجود التسبب على وجه التعدي ، وأنه موجب للضمان كحافر البئر ، ولا وجه إلى تضمين المدعي لأن الحكم ماض ، ولا يضمن القاضي لما بينا ، ولأن في تضمينه منع الناس عن تقلد القضاء خوفا من الضمان ، ولو شهدا بعين ثم رجعا ضمنا قيمتها أقبضها المشهود له ، أو لم يقبضها لأنه ملكها بمجرد القضاء ، والدين لا يملكه إلا بالقبض .

قال : (فإن رجع أحدهما ضمن النصف والعبرة في الرجوع لمن بقي لا لمن رجع) ألا يرى أنه إذا بقي من يقوم به الحق لا اعتبار برجوع من رجع ، وقد بقي هنا من يقوم بشهادته نصف الحق ، فيضمن الراجع النصف لأنه أتلفه (فلو كانوا ثلاثة فرجع واحد فلا شيء عليه) لبقاء من يبقى بشهادته جميع الحق (فإن رجع آخر ضمنا النصف) لما مر . قال : (وإن شهد رجل وامرأتان فرجعت واحدة فعليها ربع المال ، وإن رجعتا ضمنتا نصفه ، ولو شهد رجل وعشر نسوة ثم رجعوا ، فعلى السدس وعليهن خمسة أسداسه) وقالا : عليه النصف وعليهن النصف ، لأن النساء وإن كثرن فهن مقام رجل واحد ، لأنه لا يثبت بهن إلا نصف الحق .." (١)

"""""""" صفحة رقم ٣٥ """"""

كتاب اللقطة

وهي كاللقيط في الاشتقاق والمعنى ، وهي بضم اللام وفتح القاف : اسم للمال الملقوط ، وقال بعضهم : هي اسم الملتقط كالضحكة واللمزة والهمزة . فأما المال الملقوط فهو بسكون القاف ، والأول أصح .

---

(١) الاختيار لتعليل المختار، المؤلف غير معروف ١٦٤/٢

قال : (وأخذها أفضل) لئلا تصل إليها يد خائنة (وإن خاف ضياعها فواجب) صيانة لحق الناس عن الضياع ، وإن كان يخاف على نفسه الطمع فيها وترك التعريف والرد فالترك أولى صيانة له عن الوقوع في المحرم . واللقطة : ما يوجد مطروحا على الأرض ما سوى الحيوان من الأموال لا حافظ له . والضالة : الدابة تضل الطريق إلى مربطها وأخذها أفضل لأن الغالب في زماننا الضياع ، فإن أخذها وأشهد وعرفها ثم ردها إلى موضعها لم يضمن . وذكر الحاكم في مختصره : أو ردها بعدما حولها ضمن ، لأن بالتحويل التزم الحفظ ، فالبرد صار مضيعا ولا كذلك قبل التحويل .

قال : (وهي أمانة إذا أشهد أنه يأخذها ليردها على صاحبها) وهو أن يشهد عند الأخذ أنه يأخذها للرد أو يقول من سمعتموه ينشد لقطة فدلوه علي (فإن لم يشهد ضمنها) خلافا لأبي يوسف إذا ادعى أنه أخذها للرد لأن الظاهر من حالة الحسبة لا المعصية . ولهما أن الأصل أن كل متصرف عاقل إنما يتصرف لنفسه ، وقد اعترف بالأخذ الذي هو سبب الضمان ثم ادعى مما يبرئه فلا يصدق إلا ببينة ، وإن قال أخذته لنفسي ضمن بالإجماع بإقراره ، وإن تصادقا أنه أخذها ليردها لم يضمن بالإجماع لأن تصادقهما كالبينة .." (١)

""""""""" صفحة رقم ٧٣ """""""

وصاحب الثوب صاحب الأصل فكان الخيار له . وقال في الأصل تجب قيمة السويق بناء على أنه يتغير بالقلي فلم يصر مثليا وسماه ههنا مثليا لقيام القيمة مقامه والألوان كلها سواء . وقال أبو حنيفة : السواد نقصان ، قيل هو اختلاف عصر وزمان ، وقيل إن نقصه السواد فهو نقصان .

فصل

(زوائد الغصب أمانة متصلة كانت) كالسمن والجمال والحسن (أو منفصلة) كالولد والعقر والثمرة والصوف واللبن لأن الغصب لم يرد عليها لأنه إزالة يد المالك بإثبات يده ولم يوجد فلا يضمن ، لأن ضمان الغصب ولا غصب محال . قال : (ويضمنها بالتعدي) بأن أتلفه أو أكله أو ذبحه أو باعه وسلمه (أو بالمنع بعد الطلب) لأن الملك ثابت للغير وقد تعدى فيه فيضمنه لما مر ، وإن طلب المتصلة لا يضمن بالبيع لأن الطلب غير

(١) الاختيار لتعليل المختار، المؤلف غير معروف ٣/٣٥

صحيح لعدم إمكان رد الزوائد بدون الأصل ، وقالا : يضمنها بالبيع والتسليم كالمنفصلة .

ولأبي حنيفة أن **سبب الضمان** إخراج المحل من أن يكون منتفعا به في حق المالك ولم يوجد هنا لأن الزيادة المتصلة ما كان منتفعا بها في حق المالك لعدم يده عليها فلا يجب الضمان ولو زادت قيمتها فعليه قيمتها يوم الغصب لا غير لأنه **سبب الضمان** على ما تقدم .

قال : (وما نقصت الجارية بالولادة مضمون) لفوات بعضها (ويجبر بولدها وبالغرة) لانعدام النقصان حكما ولأن العلوق أو الولادة سبب للزيادة والنقصان فلا يوجب الضمان كما إذا سقطت سنها ثم نبتت أو هزلت ثم سمنت أو رد أرش اليد فإنه ينجبر به نقص القطع كذا هنا وصار كثمن المبيع ، وإن لم يكن بالولد وفاء انجبر بقدره وضمن الباقي ، والغرة كالولد لأنها قائمة مقامه لوجوبها بدلا عنه ، ولو ماتت وبالولد وفاء بقيمتها لا شيء عليه هو الصحيح ، لأنه لما ضمنها يوم الغصب ملكها من ذلك الوقت فتبين أن النقصان حصل على ملكه فلا حاجة إلى الجابر . قال : (ومنافع الغصب غير مضمونة استوفاها أو عطلها) أو استغل لعدم ورود الغصب عليها ولا مماثلة بينها وبين الأعيان لبقاء الأعيان وهي لا تبقى زمانين ولأنها غير متقومة ، وإنما تقومت بالإجارة ضرورة ورود العقد عليها ولم يوجد ويضمن ما نقص باستعماله لاستهلاكه بعض أجزائه .." (١)

"لم يقطع، ولا ينتظر تغوطه بل يضمن مثله لانه استهلكه وهو **سبب الضمان** للحال (خفية) ابتداء وانتهاء لو الاخذ نهارا، ومنه ما بين العشاءين، وابتداء فقط لو ليلا، وهل العبرة لزعم السارق أو لزعم أحدهما؟ خلاف (من صاحب يد صحيحة) فلا يقطع السارق من السارق.

فتح (مما لا يتسارع إليه الفساد) كلحم وفواكه.

مجتبى.

ولا بد من كون المسروق متقوما مطلقا، فلا قطع بسرقة خمر مسلم، مسلما كان السارق أو ذميا، وكذا الذمي إذا سرق من ذمي خمرا أو خنزيرا أو ميتة لا يقطع لعدم تقومها عندنا.

---

(١) الاختيار لتعليل المختار، المؤلف غير معروف ٧٣/٣

ذكره الباقاني (في دار العدل) فلا يقطع بسرقة في دار حرب أو بغي.

بدائع." (١)

"الثالثة عشرة: لو طالب أبو الزوجة زوجها بالمهر فله ذلك لو صغيرة أو كبيرة بكرا، ولو اختلف الاب والزوج في بكارتها ولا بينة للزوج والتمس من القاضي تحليفه على العلم بذلك.

عن أبي يوسف أنه يحلف.

وذكر الخصاف أنه لا يحلف، كالوكيل بقبض الدين إذا ادعى المديون أن صاحب الدين أبرأه وأنكر الوكيل لا يحلف الوكيل، وكذلك هنا، كذا في الظهيرية.

الرابعة عشرة: اشترى أمة فادعى أن لها زوجا فقال البائع لها زوج عبدي فطلقها قبل البيع أو مات فالقول له بلا يمين، كذا في السراجية والله تعالى أعلم.

وهذا التحرير من خواص هذا الكتاب، كذا في حاشية الاشباه للشرف الغزي أيضا.

قلت: وفي حاشيتها للشيخ صالح زاد سبعة أخر فنقول: الخامسة عشرة: لو طعن المدعى عليه في الشاهد وقال هو ادعى هذه الدار لنفسه قبل شهادته فأنكر فأراد تحليفه لا

يحلف.

مجمع الفتاوى.

السادسة عشرة: إذا كانت التركة مستغرقة بديون جماعة بأعيانها فجاء غريم آخر وادعى دينا لنفسه فالخصم هو الوارث لكنه لا يحلف، لانه حينئذ لو أقر له لم يقبل فلم يحلف.

مجمع الفتاوى.

السابعة عشرة: رجل له على رجل ألف درهم فأقر بها ثم أنكر إقراره هل يحلف بالله ما أقررت؟ قال الدبوسي: نعم، وقال الصفار: لا، وإنما يحلف على نفس الحق، مجمع الفتاوى.

الثامنة عشرة: دفع لآخر مالا ثم اختلفا، فقال قبضت وديعة وقال الدافع بل لنفسك، لا يحلف المدعى عليه.

قال القاضي: القول لرب المال لانه أقر **بسبب الضمان** وهو قبض مال الغير.

مجمع الفتاوى.

التاسعة عشرة: رجل قدم رجلا للقاضي وقال إن فلان بن فلان الفلاني توفي ولم يترك وارثا غيري، وله على

---

(١) الدر المختار، المؤلف غير معروف ٤/٢٥٥

هذا كذا وكذا من المال، فأنكر المدعى عليه دعواه، فقال الابن: استحلفه ما يعلم أني ابنه وأنه مات، لم يحلف بل يبرهن الابن عليهما ثم يحلفه على ما يدعي." (١)

"زيوف مثلا لم يصدق مطلقا لانه رجوع، ولو قال (من غصب أو وديعة إلا أنها زيوف أو بنهرجة صدق مطلقا) وصل أم.

فصل (وإن قال ستوقة أو رصاص فإن وصل صدق وإن فصل لا) لانها دراهم مجازا (وصدق) بيمينه (في غصبته) أو أودعني (ثوبا إذا جاء بمعيب) ولا بينة (و) صدق (في له علي ألف) ولو من ثمن متاع مثلا (إلا أنه ينقص كذا) أي الدراهم وزن خمسة ولا وزن سبعة (متصلا وإن فصل) بلا ضرورة (لا) يصدق لصحة استثناء القدر لا الوصف كالزيافة (ولو قال) لآخر (أخذت منك ألفا وديعة فهلكت في يدي بلا تعد وقال الآخر بل) أخذتها مني (غصبا ضمن) المقر لاقراره بالاخذ وهو **سبب الضمان** (وفي) قوله أنت (أعطيتنيه وديعة وقال الآخر) بل (غصبته) مني (لا) يضمن بل القول له لانكاره الضمان (وفي هذا كان وديعة) أو قرضا لي (عندك فأخذته) منك (فقال) المقر له (بل هو لي أخذه المقر له) لو قائما، وإلا فقيمته لاقراره باليد له ثم بالاخذ منه وهو **سبب الضمان** (وصدق من قال آجرت) فلانا (فرسي) هذه (أو ثوبي هذا فركبه أو لبسه) أو أعرته ثوبي أو أسكنته بيتي (ورده أو خاط) فلان (ثوبي هذا بكذا فقبضته) منه وقال فلان بل ذلك لي (فالقول للمقر) استحسانا، لان اليد في الاجارة ضرورية بخلاف الوديعة (هذا الالف وديعة فلان لا بل وديعة فلان فالالف للاول وعلى المقر) ألف (مثله للثاني بخلاف هي لفلان لا بل لفلان) بلا ذكر إيداع (حيث لا يجب عليه للثاني شئ) لانه لم يقر بإيداعه، وهذا (إن كانت معينة، وإن كانت غير معينة لزمه أيضا كقوله غصبت فلانا مائة درهم ومائة دينار وكر." (٢)

"(أسلم أمة في كر) بر (وقبضت فتقايلا) السلم (فماتت) قبل قبضها بحكم الاقالة (بقي) عقد الاقالة (أو ماتت فتقايلا صح) لبقاء المعقود عليه وهو المسلم فيه (وعليه قيمتها يوم القبض فيهما) في المسألتين لانه **سبب الضمان** (كذا) الحكم في (المقايضة، بخلاف الشراء بالثمن فيهما) لان الامة أصل في البيع.

والحاصل جواز الاقالة في السلم قبل هلاك الجارية وبعده، بخلاف البيع.

(تقايلا البيع في عبد فأبق) بعد الاقالة (من يد المشتري فإن لم يقدر على تسليمه) للبائع (بطلت الاقالة

---

(١) الدر المختار، المؤلف غير معروف ٦٩٦/٤

(٢) الدر المختار، المؤلف غير معروف ١٦٦/٥

والبيع بحاله) قنية (والقول لمدعي الرداءة والتأجيل لا لنا في الوصف) وهو الرداءة (والاجل) والاصل أن من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق، وإن خرج خصومة." (١)

"زيوف مثلا لم يصدق مطلقا لانه رجوع، ولو قال (من غصب أو وديعة إلا أنها زيوف أو بنهرجة صدق مطلقا) وصل أم.

فصل (وإن قال ستوقة أو رصاص فإن وصل صدق وإن فصل لا) لانها دراهم مجازا (وصدق) بيمينه (في غصبته) أو أودعني (ثوبا إذا جاء بمعيب) ولا بينة (و) صدق (في له علي ألف) ولو من ثمن متاع مثلا (إلا أنه ينقص كذا) أي الدراهم وزن خمسة ولا وزن سبعة (متصلا وإن فصل) بلا ضرورة (لا) يصدق لصحة استثناء القدر لا الوصف كالزيافة (ولو قال) لآخر (أخذت منك ألفا وديعة فهلكت في يدي بلا تعد وقال الآخر بل) أخذتها مني (غصبا ضمن) المقر لاقراره بالاخذ وهو **سبب الضمان** (وفي) قوله أنت (أعطيتنيه وديعة وقال الآخر) بل (غصبته) مني (لا) يضمن بل القول له لانكاره الضمان (وفي هذا كان وديعة) أو قرضا لي (عندك فأخذته) منك (فقال) المقر له (بل هو لي أخذه المقر له) لو قائما، وإلا فقيمته لاقراره باليد له ثم بالاخذ منه وهو **سبب الضمان** (وصدق من قال آجرت) فلانا (فرسي) هذه (أو ثوبي هذا فركبه أو لبسه) أو أعرته ثوبي أو أسكنته بيتي (ورده أو خاط) فلان (ثوبي هذا بكذا فقبضته) منه وقال فلان بل ذلك لي (فالقول للمقر) استحسانا، لان اليد في الاجارة ضرورية بخلاف الوديعة (هذا الالف وديعة فلان لا بل وديعة فلان فالالف للاول وعلى المقر) ألف (مثله للثاني بخلاف هي لفلان لا بل لفلان) بلا ذكر إيداع (حيث لا يجب عليه للثاني شئ) لانه لم يقر بإيداعه، وهذا (إن كانت معينة، وإن كانت غير معينة لزمه أيضا كقوله غصبت فلانا مائة درهم ومائة دينار وكر." (٢)

"الولادة بعد لحوق الدين، فلو ولدت ثم لحقها دين لم يتعلق حق الغرماء بالولد، بخلاف أكسابها فإن جنت فولدت لم يدفع الولد له) أي لولي الجناية لتعلقها بذمة المولى لا ذمتها، بخلاف الدين (عبد) لرجل.

(زعم رجل أن سيده حرره فقتل) العبد المعتق (وليه) أي ولي الزاعم عتقه (خطأ فلا شئ للحر عليه) لانه بزعمه عتقه أقر أنه لا يستحق العبد، بل الدية، لكنه لا يصدق على العاقلة إلا بحجة (فإن قال معتق) رقه معروف لرجل (قتلت أخاك) يخاطب به مولاه الذي أعتقه (خطأ قبل عتقي فقال الاخ) الذي هو المولى

(١) الدر المختار، المؤلف غير معروف ٥/٣٥١

(٢) الدر المختار، المؤلف غير معروف ٦/١٦٦

(لا بل بعده صدق الاول) لانه منكر للضمان وإن قال لها قطعت يدك وأنت أمتي وقالت) هي لا بل (فعلت بعد العتق فالقول لها) لانه أقر **بسبب الضمان** ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول له (وكذا القول لها في كل ما أخذه) المولى (منها) من المال لما ذكرنا استحسانا (إلا الجماع والغلة) فالقول له لاسناده لحالة معهودة منافية للضمان.." (١)

"وهو **سبب الضمان** (وفي) قوله أنت (أعطيتنيه وديعة وقال الآخر) بل (غصبته) مني (لا) يضمن بل القول له لانكاره الضمان (وفي هذا كان وديعة) أو قرضا لي (عندك فأخذته) منك (فقال) المقر له (بل هو لي أخذه المقر له) لو قائما، وإلا فقيمته لاقراره باليد له ثم بالاخذ منه وهو **سبب الضمان** (وصدق من قال آجرت) فلانا (فرسي) هذه (أو ثوبي هذا فركبه أو لبسه) أو أعرته ثوبي أو أسكنته بيتي (ورده أو خاط فلان (ثوبي هذا بكذا فقبضته) منه وقال فلان بل ذلك لي." (٢)

"لا يملكه المقر له.

سائحاني.

قوله: (صدق مطلقا) لان الغاصب يغصب ما يصادف والمودع يودع ما عنده فلا يقتضي السلامة.

ومما يكثر وقوعه ما في التاترخانية: أعرتني هذه الدابة فقال لا ولكنك غصبتها، فإن لم يكن المستعير ركبها فلا ضمان، وإلا ضمن، وكذا دفعتها إلي عارية أو أعطيتنيها عارية.

وقال أبو حنيفة: إن قال أخذتها منك عارية وجحد الآخر ضمن، وإذا قال: أخذت هذا الثوب منك عارية فقال أخذته مني بيعا فالقول للمقر ما لم يلبسه لانه منكر، فإن لبس ضمن أعرتني هذا فقال: لا بل آجرتك لم يضمن إن هلك، بخلاف قوله عصبته لكن يضمن إن كان استعمله.

قوله: (أي الدراهم) مثله في الشرنبلالية، لكن في العيني قوله: إلا أنه ينقض كذا: أي مائة درهم وهذا ظاهر.

فتال.

قوله: (وإلا فقيمته) فيه أن فرض المسألة في المشار إليه، إلا أن يقال كان موجودا حين الاشارة ثم استهلكه المقر.

تأمل.

فتال.

---

(١) الدر المختار، المؤلف غير معروف ٧/١٩٠

(٢) الدر المختار، المؤلف غير معروف ٨/٢٨٠

قوله: (هذا الالف وديعة فلان الخ) وسيأتي قبيل الصلح ما لو قال أوصى أبي بثلث ماله لفلان بل لفلان.

قوله: (لانه لم يقر بإيداعه) أي فلم يكن مقرا بسبب الضمان بخلاف الاولى، فإنه حيث أقر بأنه وديعة لفلان آخر يكون ضامنا حيث أقر بها للاول لصحة إقراره بها للاول، فكانت ملك الاول ولا يمكنه تسليمها للثاني، بخلاف ما إذا باع الوديعة ولم يسلمها للمشري لا يكون ضامنا بمجرد البيع حيث يمكنه دفعها لربها، هذا ما ظهر فتأمل.

فرع: أقر بمالين واستثنى كله على ألف درهم ومائة دينار إلا درهما، فإن كان المقر له في المالين واحدا يصرف إلى المال الثاني، وإن لم يكن من جنسه قياسا وإلى الاول استحسانا لو من جنسه، وإن كان المقر له رجلين يصرف إلى الثاني مطلقا مثل لفلان علي ألف درهم ولفلان آخر علي مائة دينار إلا درهما هذا كله قولهما، وعلى قول محمد: إن كان لرجل يصرف إلى جنسه وإن لرجلين لا يصح." (١)

"المتأخر) مفهومه أنهم إذا قاموا جملة ضمنوا، وبه صرح قاضيخان، ويظهر لي أن كل ما لا يقسم كذلك.

سائحاني.

قال في الهامش: ولو ترك واحد لقوم وديعة وقام الكل دفعة وتركوها ولم يأخذها منهم ضمنها الكل، ابن الشحنة.

قوله: (فعث) بالمثلة.

قوله: (ولم يعلم الخ) الواو بمعنى أو وبضم ياء يعلم.

كذا في الهامش.

قوله: (وينبغي) البحث للطرسوسي حيث قال: وينبغي أن يكون فيها التفصيل، لان الامر دائر بين الاعلام للمودع أو السد بدونه، وهو موجود وارتضاه.

ابن الشحنة وأقره الشرنبلالي.

فروع ربطها في طرف كمه أو عمامته أو شدها في منديل، ووضعه في كمه أو ألقاها في جيبه، ولم تقع فيه وهو يظن أنها وقعت فيه لا يضمن.

خرج وترك الباب مفتوحا ضمن لو لم يكن في الدار أحد ولم يكن في مكان يسمع حس الداخل: جعلها في الكرم، فلو له حائط بحيث لا يرى المارة ما في الكرم لا يضمن إذا أغلق الباب، وإلا ضمن.

---

(١) حاشية رد المحتار، المؤلف غير معروف ٦/١٦٦

سوقي قام إلى الصلاة وفيه ودائع لم يضمن إذ جيرانه يحفظونه وليس بإيداع المودع لكنه مودع لم يضيع، وذكر الشارح ما يدل على الضمان، فليتأمل عند الفتوى.

جامع الفصولين: وفي البزازية: والحاصل أن العبرة للعرف اه.

غاب رب الوديعة ولا يدري أهو حي أم ميت يمسكها حتى يعلم موته ولا يتصدق بها، بخلاف اللقطة، وإن أنفق عليها بلا أم القاضي فهو متطوع، ويسأله القاضي البينة على كونها وديعة عنده، وعلى كون المالك غائبا، فإن برهن: فلو مما يؤجر وينفق عليها من غلتها أمره به، أو لا يأمره بالاتفاق يوما أو يومين أو ثلاثة رجاء أن يحضر المالك لا أكثر، بل يأمره بالبيع وإمساك الثمن، وإن أمره بالبيع ابتداء فلصاحبها الرجوع عليه به إذا حضر، لكن في الدابة يرجع بقدر القيمة لا بالزيادة، وفي العبد بالزيادة على القيمة بالغة ما بلغت، ولو اجتمع من ألبانها شئ كثير أو كانت أرضا فأثمرت وخاف فساده فباعه لامر القاضي، فلو في المصر أو في موضع يتوصل إلى القاضي قبل أن يفسد ذلك ضمن.

تاترخانية من العاشر في المتفرقات.

تتمة: في ضمان المودع بالكسر في قاضيخان: مودع جعل في ثياب الوديعة ثوبا لنفسه فدفعها إلى ربها ونسي ثوبه فيها فضاع عنده ضمنه، لانه أخذ ثوب الغير بلا إذنه، والجهل فيه لا يكون عذرا.

قال في نور العين: وينبغي أن تقيد المسألة بما لو كان غير عالم ثم علم بذلك وضاع عنده، وإلا فلا **سبب للضمان** أصلا، فالظاهر أن قوله: والجهل فيه لا يكون عذرا ليس على إطلاقه، والله أعلم اه ملخصا.." (١)

"والزرع بقل بعدا هـ شرنبلالية.

قوله: (أعطيك البذر) بضم الهمزة والبذر مفعوله.

قوله: (وكلفتك) بضم الكاف وتسكين اللام وفتح الباقي.

قوله: (الجواز) وهو المختار كما في الغياثية ط.

قوله: (على المستعير).

فروع علف الدابة على المستعير مطلقة، أو مقيدة ونفقة العبد كذلك والكسوة على المستعير.

بزازية وقدمه الشارح أول الترجمة وآخر النفقة.

جاء رجل إلى مستعير وقال إني استعرت دابة عندك من ربها فلان فأمرني بقبضها فصدقه ودفعها ثم أنكر المعير أمره بذلك ضمن المستعير، ولا يرجع على القابض إذا صدقه، فلو كذبه أو لم يصدقه أو شرط عليه

---

(١) حاشية رد المحتار، المؤلف غير معروف ٦/٢٤٢

الضمان فإنه يرجع.

قال: وكل تصرف هو **سبب الضمان** لو ادعى المستعير أنه فعله بإذن المعبر فكذبه ضمن المستعير ما لم يبرهن فصولين.

استعار قدرا لغسل الثياب ولم يسلمه حتى سرق ليلا ضمن.

بزازية.

تأمل.

قوله: (لان) مستدرك بفاء التفريع.

قوله: (إلا إذا استعارها الخ) فمؤنة الرد على المعير، والفرق ما أشار إليه لان هذه إعارة فيها منفعة لصاحبها فإنها تصير مضمونة في يد المرتهن، وللمعير أن يرجع على المستعير

بقيمته، فكانت بمنزلة الاجارة.

خانية.

فقد حصل الفرق بين العارية للرهن وغيرها من وجهين: الاول هذا، والثاني ما مر في الباب قبله عند قوله: بخلاف المستعير والمستأجر أنه لو خالف ثم عاد إلى الوفاق برئ عن الضمان.

أفاده في البحر.

قوله: (هذا الخ) الاولى ذكره قبل الغاضب، لانه راجع إلى كون مؤنة الرد على المؤجر: يعني إنما تكون عليه إذا أخرجه المستأجر بإذنه، وإلا فعلى المستأجر، فيكون كالمستعير.

وفي البحر عن الخلاصة: الاجير المشترك كالخيار ونحوه مؤنة الرد عليه لا على رب الثوب.

قوله: (لو الاخراج) أي إلى بلد آخر مثلا، والظاهر أن المراد بالاذن الاذن صريحا وإلا فالاذن دلالة موجود.

تأمل.

قوله: (بخلاف شركة الخ) فإن أجرة ردها على صاحب المال والواهب كما في المنح.

قوله: (مع عبده) أي مع من في عيال المستعير.

قهستاني.

قال في الهامش: ردها مع من في عياله برئ.

جامع الفصولين.

قوله: (لا مياومة) لانه ليس في عياله.

قهستاني.

قوله: (أو مع عبد الخ) أي مع من في عيال المعير.

قهستاني.

قوله: (يقوم عليها) أي يتعاهدها." (١)

"وفيها: استعار ذهبا فقلده صبيا فسرق إن كان الصبي يضبط حفظ ما عليه لا يضمن، وإلا ضمن.

وفيها: دخل بيته بإذنه فأخذ إناء لينظر إليه فوقع لا يضمن ولو أخذه بلا إذنه، بخلاف ما لو دخل سوقا يباع فيه الاناء يضمن اه.

جاء رجل إلى مستعير وقال إني استعرت دابة عندك من ربها فلان فإمرني بقبضها فصدقه ودفعها ثم أنكر المعير أمره ضمن المستعير ولا يرجع على القابض، فلو كذبه أو لم يصدقه أو شرط عليه الضمان فإنه يرجع.

قال: وكل تصرف هو **سبب للضمان** لو ادعى المستعير أنه فعله بإذن المعير وكذبه المعير ضمن المستعير ما لم يبرهن.

فصولين.

وفيه: استعارة وبعث قنه ليأتي به فركبه قنه فهلك به ضمن القن ويباع فيه حالا، بخلاف قن محجور أتلف وديعة قبلها بلا إذن مولاه ا هـ.

قوله: (في حياته) أي الموكل.

قوله: (مثل المقبوض) لان الديون تقضى بأمثالها.

قوله: (لا في حق نفسه) أي فيضمن.

قوله: (ولا في حق الموكل) أي في إيجاب الضمان عيه بمثل المقبوض.

قوله: (بعضهم) هو من معاصري صاحب المنح كما ذكره فيها، وذكر الرملي في حاشيتها أنه هو الذي لا محيد عنه، وليس في كلام أئمتنا ما يشهد لغيره.

تأمل اه.

قلت: وللشرنبلالي رسالة في هذه المسألة فراجعها كما أشرنا إليه في كتاب الوكالة وكتبت منها شيئا في هامش البحر هناك.

قوله: (بينهم) أي بين أصحاب الدين ورب الوديعة.

---

(١) حاشية رد المحتار، المؤلف غير معروف ٦/٢٤٩

قوله: (لانه عارية) أي فلا يضمن إلا بالتعدي ولم يوجد.

قوله: (بلا عوض) أي أو هنا جعل له عوضا.

وفي البزازية: دفع داره على أن يسكنها ويرمها ولا أجر فهي عارية، لان المرمة من باب النفقة وهي على المستعير: وفي كتاب العارية بخلافه.

سائحاني.

قوله: (بجهالة المدة) عبارة البحر عن المحيط: لجهالة المدة." (١)

"عليه وينقص من أجر النجار بقدر ما عمل في الدواة.

قوله: (وظاهر التعليل الخ) أي فقول الجوهرة: ما دام يرعى منها شيئا لا مفهوم له.

ورأيت بخط بعض الفضلاء أن مراد الجوهرة تحقيق تسليم نفسه بذلك لا شرط استحقاق الاجر كما فهم المصنف والمتون، والتعليل يفيده اه.

وهو حسن.

قوله: (وبه صرح في العمادية) وهو الموافق لتصريح المتون بأنه يستحق الاجر بتسليم نفسه في المدة وإن لم يعمل.

فرع: أراد رب الغنم أن يزيد فيها ما يطيق الراعي له ذلك لو خاصا، لانه في حق الرعي بمنزلة العبد، وله أن يكلف عبده من الرعي ما يطيق.

تاترخانية.

قوله: (ولا يضمن ما هلك في يده) أي بغير صنعه بالاجماع، وقوله أو بعمله: أي المأذون فيه، فإن أمره بعمل فعمل غيره ضمن ما تولد منه.

تاترخانية.

وفيها: وإذا ساق الراعي الغنم فنطح أو وطئ بعضها بعضا من سوقه، فإن كان الراعي مشتركا ضمن على كل حال، وكذا لو كانت لقوم شتى وهو أجير أحدهم.

وإن كان خاصا: فإن كانت الاغنام لواحد لا ضمان، وإن لاثنين أو ثلاثة ضمن.

وصورة الاجير الخاص في حق الاثنين أو الثلاثة أن يستأجر رجلان أو ثلاثة راعيا شهرا ليرعى غنما لهما أو لهم اه.

---

(١) حاشية رد المحتار، المؤلف غير معروف ٦/٢٥٣

وقال في الذخيرة: فقد فرق في الاجير الخاص بين أن يكون لواحد أو لغير واحد، يحفظ هذا جدا اه.

قلت: ومفاده أن بين الخاص والواحد عموما مطلقا كما قدمناه.

وفي جامع الفصولين: ولا يضمن لو هلك شئ في سقي أو رعي، ولو ذبحها الراعي أو الاجنبي، ضمن لو رجا حياتها أو أشكل أمرها، ولو تيقن موتها لا للاذن دلالة هو الصحيح، ولا يذبح الحمار ولا البغل إذ لا يصلح لحمهما ولا الفرس عنده لكراهته تحريما، ولو قال ذبحتها لمرضها لم يصدق إن كذبه لاقراره **بسبب الضمان** ويصدق في الهلاك وإن شرط أن يأتيه بسمة ما هلك اه ملخصا: أي يصدق بيمينه كما في الجوهرة.

قوله: (كالمودع) أي إذا تعمد الفساد فإنه يضمن ط.

قوله: (لكونها أجير وحد) قال أبو السعود: الحاصل أن المسائل في الظئر تعارضت، فمنها ما يدل على أنها في معنى أجير الوحد كقولهم بعدم الضمان في هذه، ومنها ما يدل على أنها في معنى المشترك كقولهم إنها تستحق الاجر على الفريقين إذا أجرت نفسها لهما.

قال الاتقاني: والصحيح أنه إن دفع الولد إليها لترضعهسش فهي أجير مشترك، وإن حملها إلى منزله فهي أجير وحد اه.

ملخصا ط.

مطلب في الحارس والخاناتي قوله: (وكذا لا ضمان على حارس السوق وحافظ الخان) قال في جامع الفصولين: استؤجر." (١)

"تأخير قيد الاطلاق إلى هنا ح.

وإنما لم يحتج للقضاء لان العيب يمنع تمام الصفقة فيكون الرد فسخا، وخيار الشرط يمنع ابتداء الحكم فكأن البيع لم يكن لعدم شرطه وهو الرضا، وخيار الرؤية يمنع تمام الحكم فالرد بهما لا يكون إلا فسخا. رحمتي.

قوله: (أو بعده بقضاء) راجع لما في المتن: أي أو رد بعيب بعد القبض بقضاء لانه بالقضاء يصير فسخا. رحمتي.

قوله: (لزوال المانع) أي من تعلق حقهم بالعبد وهو البيع والتسليم الذي هو **سبب الضمان**.

قال الزيلعي: فصار كالغاصب إذا باع وسلم وضمن القيمة ثم رد عليه بالعيب كان له أن يرد المغصوب على

---

(١) حاشية رد المحتار، المؤلف غير معروف ٦/٣٥٦

المالك ويرجع عليه بالقيمة التي دفعها إليه.
قوله: (فلا سبيل لهم على العبد) أي في استسعائه.
قوله: (ولا للمولى على القيمة) أي في استردادها من الغرماء.
قوله: (وهي بيع في حق غيرهما) أي غير المتبايعين كما تقدم في الاقالة أنها فسخ في حق المتبايعين بيع جديد في حق ثالث والغرماء ثالث، ففي حقهم كأنه اشتراه من مشتريه وبيعه الاول على حاله.
رحمتي.
فلذا قال: فلا سبيل لهم على العبد ولا للمولى على القيمة، فليس المراد بالغير العبد، فافهم.
قوله: (أو ضمنوا مشتريه) أي ضمنوه القية لانه متعد بالشراء والقبض والتغييب.
زيلعي.
قال ح: وأنت خبير أن الثمن وإن كان أقل من الدين في مسألتنا كما ذكره الشارح، لكن القيمة قد تكون أكثر من الدين.
فينبغي تقييد ضمان القيمة بما إذا كانت مثل الدين أو أقل.
أما لو كانت أكثر فينبغي أن لا يضمن إلا مقدار الدين كما لا يخفى، وحينئذ ينظر في كيفية الرجوع على البائع اه.
قال ط: إن كان الثمن قدر ما ضمن من القيمة رجع به، وإن كان المضمون أكثر فلا وجه لرجوع المشتري على البائع بالزيادة، فليتأمل اه.
قوله: (عطف على البائع) إنما يصح لو كان قوله: ضمنوا ليس من عبارة المتن، وهو خلاف ما رأيناه في النسخ، وعليه فهو عطف على قوله: ضمن
من عطف الجمل.
قوله: (ويرجع المشتري بالثمن عل البائع) لان أخذ القيمة منه كأخذ العين.
زيلعي.
وقوله: بالثمن أشار به إلى أنه لا يرجع بما ضمن، بل بما أداه للبائع من الثمن، وما بقي من القيمة لا مطالبة له على البائع به، وظاهر أن هذا فيما إذا كانت القيمة أكثر من الثمن اه.
شرنبلالية.
قوله: (أو أجازوا البيع الخ) قال الزيلعي: حاصله: أن الغرماء يخيرون بين ثلاثة أشياء: إجازة البيع، وتضمين

أيهما شاؤوا، ثم إن ضمنوا المشتري رجع المشتري بالثمن على البائع، وإن ضمنوا البائع سلم المبيع للمشتري وتم البيع لزوال المانع، وأيهما اختاروا تضمينه برئ الآخر حتى لا يرجعون عليه وإن نويت القيمة عند الذي اختاروه، ولو ظهر العبد بعدما اختاروا تضمين أحدهما ليس لهم عليه سبيل إن كان القاضي قضى لهم بالقيمة ببينة أو بإباء يمين لان حقهم تحول إلى القيمة بالقضاء، وإن قضى بالقيمة بقول الخصم مع يمينه، وقد ادعى الغرماء أكثر منهم فهم بالخيار: إن شاؤوا رضوا بالقيمة، وإن شاؤوا ردوها وأخذوا العبد فبيع لهم، لانه لم يصل إليهم كمال حقهم بزعمهم وهو نظير المغصوب في ذلك.

كذا ذكره في النهاية، وعزاه إلى المبسوط.

قال الراجي عفو ربه: الحكم المذكور في المغصوب مشروط بأن تظهر العين وقيمتها أكثر مما." (١)

" - * باب المأذون يبيعه مولاه أو يعتقه - *

محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة (رضي الله عنهم) عبد المأذون عليه دين يحيط برقبته باعه مولاه وقبضه المشتري فغيبه فإن شاء الغرماء ضمنوا البائع قيمته وإن شاؤا ضمنوا المشتري وإن شاؤا أجازوا البيع وأخذوا الثمن فإن ضمنوا البائع القيمة ثم رد على المولى بعيب فللمولى أن يرجع بالقيمة ويكون حق الغرماء في العبد عبد مأذون له قيمته ألف وله عبد قيمته ألف وعليه دين ألف فأعتق المولى عبد المأذون جاز عتقه وإن كان الدين مثل قيمتها لم يجز عتقه وقال أبو يوسف ومحمد شرح المتن - * باب المأذون يبيعه مولاه أو يعتقه - *

قوله فإن شاء الغرماء الخ لأن هذا العبد تعلق حقهم به لتعلق ديونهم برقبته ولهذا كان لهم أن يبيعوه إلا أن يقضي المولى ديونهم فإذا كان حقهم فهو بهذا البيع والتسليم أبطل حقهم فيكون لهم ولاية أن يضمنوه قيمته إن شاؤا وإن شاؤا ضمنوا المشتري لأنه أبطل حقهم بالشراء والقبض وإن شاؤا أجاز البيع وأخذوا الثمن لأن هذا العبد حقهم وهو في معنى المرهون

قوله فللمولي أن يرجع الخ لأن **سبب الضمان** البيع والتسليم وقد زال

قوله وقال الخ الحاصل أن الدين إذا لم يكن مستغرقا لرقبة المأذون وكسبه لم يمنع ثبوت الملك للمولى في كسبه بلا خلاف فإذا كان مستغرقا لرقبته وكسبه يمنع عند أبي حنيفة (رحمه الله) خلافا لهما هما يقولان ما هو علة الملك لم يختل وهو ملك الرقبة ولهذا ملك إعتاقه ووطئها إن كانت جارية ولأبي حنيفة (رحمه الله) أن ملك الرقبة علته يشرط الفراغ عن حاجة العبد وقد عدم الشرط

---

(١) حاشية رد المحتار، المؤلف غير معروف ٦/٤٦٦

"(١) ".

"كتاب الإقرار @

محمد عن يعقوب عن أبي حنيفة رضي الله عنهم) في رجل قال لآخر أخذت منك ألفا وديعة فهلكت فقال أخذتها غصبا فهو ضامن وإن قال أعطيتنيها وديعة فقال غصبتهالم يضمن رجل قال هذه الألف كانت وديعة لي عند فلان فأخذتها وقال فلان هذه لي فإن فلانا يأخذها وإن قال أعرت دابتي هذه فلانا فركبها ورده أو ثوبي هذه فلبسه ورده علي فالقول قوله وقال أبو يوسف ومحمد (رحمهما الله) القول قول الذي أخذ منه الثوب والدابة

رجل قال لفلان علي ألف درهم من ثمن متاع أو قرض ثم قال شرح المتن كتاب الإقرار

قوله فهو ضامن لأنه إقرار **بسبب الضمان** و الأخذ وادعى ما يوجب البراءة وهو المنكر فالقوال قوله مع اليمين ووجب الضمان على المقر إلا أن ينكل الخصم عن اليمين فحينئذ لا يلزمه

قوله لم يضمن لأنه ما أقر **بسبب الضمان** بل أنكره حيث أضاف الفعل إلى صاحب المال فكان القول قوله مع يمينه

قوله وقال أبو يوسف ومحمد الخ لهما أن المقر أقر باليد له ثم ادعى عليه الاستحقاق فوجب الرد وإثبات قوله بالحجة كما في الوديعة واستحسن أبو

"(٢) ".

"والخادم الذين في عياله والزوج الاجير الخاص مشاهرة أو مسانهة لا مياومة، ويجري مجرى العيال شريك المفاوضة والعنان، ولا يشترط المفاوضة والعنان، ولا يشترط في الزوجة والولد كونهما في عياله ا هـ. غرر الافكار.

قوله: (وضمن الخ) مفعوله قوله الاتي: كل قيمته فهو ضمان الغصب لا ضمان الرهن، والمراد أنه يضمن بهذه الاشياء إذا هلك بسببها، وكل فعل يغرم به المودع يغرم به المرتهن، وما لا فلا، إلا أن الوديعة لا تضمن بالتلف كما في جامع الفصولين.

(١) الجامع الصغير- عالم الكتب، المؤلف غير معروف ص/٣٦٣

(٢) الجامع الصغير- عالم الكتب، المؤلف غير معروف ص/٤١٦

وفيه: لو خالف ثم عاد فهو رهن على حاله، فلو ادعى الوفاق وكذبه راهنه صدق راهنه لانه أقر **بسبب الضمان**.

تنبيه: لو مات المرتهن مجهلا يضمن كما في الخيرية وغيرها.

قوله: (وتعديه) عطف عام على خاص: أي كالقراءة والبيع واللبس والركوب والسكنى بلا إذن.

قهستاني.

قوله: (كل قيمته) أي بالغة ما بلغت لانه صار غاضبا إتقاني وفي الهداية لان الزيادة على مقدار الدين أمانه والأمانات تضمن بالتعدي.

قوله: (فيسقط الدين بقدره) أي يسقط الدين جميعه حالة كونه بقدر ما ضمن، وإلا رجع كل منهما على صاحبه بما فضل، وكان الاولى ذلك لان فيه تفصيلا يأتي في المتن قريبا.

قوله: (على ما اختاره الرضي) أقول: الذي في البزازية وغيرها أنه اختاره السرخسي، وكان ما هنا من تحريف النساخ إذا لم يشتهر هذا الاسم على أحد من أئمتنا فيما أعلم.

تأمل.

قوله: (لكن قدمنا في الحظر عن البرجندي هنا) أي عن شرح البرجندي في هذا المحل، وهو كتاب الرهن.

ثم إن الذي قدمه في الحظر لم يعزه إلى البرجندي.

نعم عزاه إليه في الدر المنتقى حيث قال: كذا نقله البرجندي في الرهن عن كشف البزودي ا ه.

وفي بعض النسخ بدل لفظ فيها فقال ط: أي في اليمين.

قوله: (إنه) أي إن جعله في اليمين.

قوله: (قلت ولكن الخ) هذا معنى ما قدمه في الحظر أن ذاك الشعار كان وبان، وقدمنا هناك أن الحق التسوية بين اليمين واليسار لثبوت كل منهما عن سيد الاخيار صلى الله عليه وآله.

ثم إن هذا استدراك على الاستدراك، فهو تأييد لما في المتن من التسوية بينهما بناء على أنه يلبس في كل منهما فهو استعمال لا حفظ فلذا يضمن، وعلى هذا فقوله: فينبغي الخ لا حاجة إليه، لانه عين ما في المتن، وهو المصرح به في الهداية وغيرها فلا حاجة إلى إثباته بالبحث والقياس الذي لسنا أهلا له.

قوله: (لا يجعله الخ) عطف على قول المصنف بجعل خاتم الرهن في خنصره أي لا يضمن بجعله في غير الخنصر.

والاصل في هذا أأن المرتهن مأذون بالحفظ دون الاستعمال، فجعل الخاتم في الخنصر استعمال موجب

للضمان، وفي غيرها حفظ لا لبس لانه لا يقصد في العادة فلا يضمن، وكذلك الطيلسان إن لبسه تلبس الطيالسة ضمن لانه استعمال، وإلا كأن وضعه على عاتقه فلا لانه حفظ، ثم المراد بعدم الضمان فيما يعد حفظا لا استعمالا أنه لا يضمن ضمان الغصب، لا أنه لا يضمن أصلا لانه مضمون بالاقل من قيمته ومن الدين كما صرح به في شرح الطحاوي.

إتقاني ملخصا.

قوله: (فإن." (١)

"ظاهر ومخالف لما سمعته آنفا.

قوله: (لم يضمن السائق على الصحيح) اعلم أن الزيلعي قال: قيل: لا يضمن السائق ما وطئت الدابة، لان الراكب مباشر والسائق متسبب، والاضافة إلى المباشر أولى، وقيل: الضمان عليهما لان كل ذلك سبب الضمان، ألا ترى أن محمدا ذكر في الاصل أن الراكب إذا أمر إنسانا فنخس المأمور الدابة فوطئت إنسانا كان الضمان عليهما فاشتركا في الضمان، فالناخس ساق، والآمر راكب، فتبين بهذا إنما يستويان، والصحيح الاول لما ذكرنا.

والجواب عما ذكر في الاصل أن المتسبب إنما لا يضمن مع المباشر إذا كان السبب شيئا لا يعمل بانفراده في الاتلاف كما في الحفر مع الالقاء، فإن الحفر لا يعمل بانفراده شيئا بدون الالقاء، وأما إذا كان السبب يعمل بانفراده فيشتركان وهذا منه، فإن السوق متلف وإن لم يكن على الدابة راكب، بخلاف الحفر فإنه ليس بمتلف بلا إلقاء، وعند الالقاء وجد التلف بهما فأضيف إلى آخرهما اه.

ونقله المصنف في المنح، وكتب بخطه في الهامش: هذا الكلام يحتاج إلى مزيد تحرير اه.

وذكر في السعدية: أن ما ذكره الزيلعي في معرض الجواب بمعزل عن هذا التقرير، ولا يصلح جوابا عما في الاصل، بل هو تحقيق وتفصيل له، واللازم منه وجوب الضمان على السائق، وهو قد صحح عدم الوجوب، وهذا من مثله غريب اه.

وذكر الرملي عن الحلبي عن قارئ الهداية ما صورته: ينبغي أن يقال: وهو الصحيح، والجواب عن الاول اه.

فيكون التصحيح للقول الثاني والجواب عن القول الاول، ويؤيده قول النهاية: أما الجواب عن الاول الخ، وكذا قول الولوالجية: الراكب والسائق والقائد والرديف في الضمان سواء حالة الانفراد والاجتماع هو

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، المؤلف غير معروف ١/٤٥

الصحيح، وإن كان الراكب مباشرا، لان السبب هنا يعمل في الاتلاف فلا يلغى، فكان التلف مضافا إليهما، بخلاف الحفر اه ملخصا.

وبه علم أن الصحيح ما جزم به القهستاني، وقد أخره في الهداية فأش؏ر بترجيحه كعادته، وقدمه في المواهب والملتقى وعبرا عن مقابله بقيل.

فتنبه.

قوله: (كما مر) أي في باب ما يحدثه الرجل في الطريق.

قوله: (كما هنا) أي في السائق وقد علمت أنه كالناخس يعمل بانفراده إتلافا، وأن الذي لا يعمل كحفر البئر.

قوله: (بإذن راكبها) فلو بدونه ضمن الناخس فقط كما سيأتي.

قوله: (أو راجل) أشار إلى أن التقييد بالفارس اتفاقي، وإنما لم يذكر المصنف الراجل لانه ليس من هذا الباب

لعدم تعلقه بالبهيمة.

أفاده سعدي.

قوله: (وإن اصطدما) أي تضاربا بالجسد اه.

در منتقى.

وهذا ليس على إطلاقه، بل محمول على ما إذا تقابلا، لما في الاختيار: سار رجل على دابة فجاء راكب من خلفه فصدمه فعطب المؤخر لا ضمان على المقدم، وإن عطب المقدم فالضمان على المؤخر، كذا في سفينتين اه ط، عن أبي السعود.

قوله: (يهدر دمهما) لان جناية كل من العبدين تعلقت برقبته دفعا." (١)

"وفي شرح الاصل لشيخ الاسلام: كبر الصغار واتهموا الوصي، وقالوا: إنك انفقت علينا من الربح أو تبرع بها فلان يجب على الوصي اليمين على دعواه، إلا إذا ادعوا ما يكذبهم الظاهر فيه، كأن يدعوا ما لا كيفي مثله لمثلهم في مثل المدة في الغالب، وهذا إذا ادعى نفقة المثل أو أزيد يسير، وإلا فلا يصدق ويضمن ما لم يفسر دعواه بتفسير محتمل، كقوله: اشتريت لهم طعاما فسرق، ثم اشتريت ثانيا وثالثها فهلك فيصدق بيمينه لانه أمين اه ملخصا من أدب الاوصياء.

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، المؤلف غير معروف ١٧٨/١

قوله: (ادعى قضاء دين الميت) شروع في الاثنتي عشرة مسألة، والظاهر أن المراد بهذه المسألة ما ذكره في الاشباه قبل سرده المسائل حيث قال: وفي جامع الفصولين: قضى وصيه دينا بغير أمر القاضي فلما كبر اليتيم أنكر دينا على أبيه ضمن وصيه ما دفعه لو لم يجد بينة إذا أقر **بسبب الضمان** وهو الدفع إلى الاجنبي، فلو ظهر غريم آخر بغرم له حصته الخ، وإلا فلو أقر به الوارث وادعى الوصي أداءه من التركة صدق.

قوله: (أو ادعى الخ) قدمنا عن أدب الأوصياء أنه في الخانية اشتراط الاشهاد ولم يشترط في النوازل، وانظر ما فائدة قوله: بعد بيع التركة ولعله اتفاقي لانه قبله كذلك بالاولى.

قوله: (أو أن اليتيم استهلك مالا آخر الخ) الذي في الاشباه مال آخر بالاضافة.

وصورتها: قال له إنك استهلكت مال فلان في صغرك فأديته من مالك، فكذبه وقال: لم أستهلك شيئا، فالقول لليتيم والوصي ضامن إلا أن يبرهن كما في أدب الاوصياء.

قوله: (أو أدى خراج أرضه الخ) وكذا إذا ادعى الوصي أن أبا اليتيم مات منذ عشر سنين وأنه دفع خراج أرضه تلك المدة وقال اليتيم لم يمت أبي إلا من منذ سنتين.

وأجمعوا على أن الارض لو كانت صالحة للزراعة يوم الخصومة يكون القول للوصي مع يمينه: يعني واتفقا على الوقت الذي مات فيه أبو اليتيم كما يفهمن عبارة شرح تنزير الاذهان عن التاترخانية إ هـ.

أب و السعود.

وظاهر قوله: لو كانت صالحة للزراعة يوم الخصومة أنها لو لم تكن صاحلة للزراعة يوم الخصومة فلا بد له من البينة، لان الحال في الاول شاهد له، بخلاف الثاني، وعليه فقول الشارح: في وقت لا يصلح للزراعة ليس متعلقا بأدى بل هو متعلف بادعى مقدارا: أي ادعى خراج أرضه الخ، وإلا نافى ما مر متنا من أنه يقبل قوله في أداء خراجه لكنه محمول على هذا التفصيل، فتنبه.

قوله: (أو

جعل عبده الآبق) هذا على قول محمد، أما على قول أبي يوسف فيقبل قوله بلا بيان، وجزم بالاولى في الولوالجية، ولم يحك الصدر الشهيد فيه خلافا.

قال في الخلاصة: وقيل: إنه على خلاف إه.

وأجمعوا على أن الوصي لو استأجر رجلا ليرده أنه يكون مصدقا كما في الخانية.

وفي الاصل وغيره: لو قال أديت في مال نفسي لارجع عليك لم يصدق إلا بالبينة.

أفاده في أدب الاوصياء.

أقول: وظاهر هذا ترجيح قول محمد.

تأمل.

قوله: (أو فداء عبده الجاني) في الكافي: لو قال أديت ضمان غصبك أو جنايتك أو جناية عبدك فلا يصدق بلا بينة.

أبو السعود.

أقول: ظاهره ولو أقر اليتيم بالجناية.

تأمل.

قوله: (أو الانفاق على محرمه) في الخانية: قال الوصي فرض القاضي لاخيك." (١)

"بعدم الضمان ضمان المثلي لانه المتبادر، وأن المراد بالضمان المثبت ضمان القيمة لانه بالتنجس صار قيميا، لقولهم: المثلي ما حصره كيل أو وزن وكان على صفته الاصلية من الطهارة، فإن خرج عنها بالتنجس صار قيميا كما هو صريح كلام البزازي ثانيا.

وفي فصول العمادي: وإذا أتلف زيت غيره في السوق أو سمنه أو خله أو نحو ذلك وقال أتلفته لكونه نجسا لانه ماتت فيه فأرة فالقول قوله، لان الزيت النجس ونحوه قد يباع في السوق، وإن أتلف لحم قصاب في السوق وقال: أتلفته لكونه ميتة ضمن لان الميتة لا تباع في السوق، فجاز للشهود أن يشهدوا أنها ذكية كما في الحواشي الحموية.

قوله: (وأمر الدم عظيم فلا يهمل) ألا ترى أنه حكم في المال بالنكول وفي الدم حبس حتى يقرأ ويحلف، واكتفى في المال باليمين الواحدة وبخمسين يمينا في الدم.

قوله: (بخلاف المال) قال في البحر: لو أتلف لحم طواف فطولب بالضمان فقال: كانت ميتة فأتلفتها لا يصدق، وللشهود أن يشهدوا أنه لحم ذكي بحكم الحال.

وقال القاضي: لا يضمن، فاعترض عليه بمسألة كتاب الاستحسان المتقدمة، وهي لو قتل رجلا الخ فأجاب عنه بما نقله الشارح عن إقرار البزازية.

قوله: (صدق قاض) وكذا لا ضمان على القاطع والآخذ لو أقر بما أقر به القاضي ووجه عدم الضمان على القاضي أنهما لما توافقا أنه فعل ذلك في قضائه كان الظاهر شاهدا له، إذ القاضي لا يقضي بالجور ظاهرا

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، المؤلف غير معروف ١/٣٠٦

ولا يمين عليه لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق، ولا يمين على القاضي كما في البحر.

قوله: (كذا لو زعم) أي المقضي عليه، لكن لو أقر القاطع والآخذ في هذا بما أقر به القاضي يضمنان لانهما أقرا بسبب الضمان، وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب الضمان عن غيره بخلاف الاول لانه ثبت فعله في قضائه بالتصادق: أي فيدفع قول القاضي الضمان عن نفسه وعن غيره، ولو كان المال في يد الآخذ قائما وقد أقر بما أقر به القاضي والمأخوذ منه المال صدق القاضي في أنه فعله في قضائه، أو لا يؤخذ منه لانه أقر أن اليد كانت له فلا يصدق في دعوى التملك إلا بحجة، وقول المعزول ليس بحجة فيه.

بحر.

قوله: (لانه أسند) أي القاضي.

مطلب: واقعة الفتوى قوله: (إلى حالة معهودة) فصار كما إذا قال طلقت أو أعتقت وأنا مجنون وجنونه معهود ومثله المدهوش وهي واقعة الفتوى للخير الرملي، فإذا كانت الدهشة معهودة منه يقبل قوله، وإذا لم تكن معهودة لا يقبل قوله إلا ببينة، ولو أقر القاطع والآخذ في هذا الفصل بما أقر به القاضي يضمنان لانهما أقرا بسبب الضمان، وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب." (١)

"يصدق مطلقا) أي عنده، وقالا: يصدق إن وصل: أي في قوله زيوف أو نبهرجة بل يلزمه الجياد لان العقد يقتضيها.

فدعوى الزيف رجوع عما أقر به، بخلاف ما إذا قال إلا أنها وزن خمسة ونقد البلد وزن سبعة حيث يصح موصولا لا مفصولا، لانه استثنى القدر فصار مغيرا فيصح بشرط الوصل ولو قال علي كر حنطة من ثمن دار اشتريتها منه إلا أنها رديئة يقبل موصولا ومفصولا، لان الرداءة نوع لا عيب فمطلق العقد لا يقتضي السلامة عنها، بخلاف الجودة.

زيلعي.

وقوله: مطلقا: أي وصل أم فصل.

وقال زفر: يبطل إقراره إذا قال المقر له هي جياد.

قوله: (صدق مطلقا) لان الغاصب يغصب ما يصادف والمودع يودع ما عنده فلا يقتضي السلامة.

قوله: (وصل أم فصل) إذ لا اختصاص للغصب والوديعة بالجياد دون الزيوف إلى آخر ما قدمناه، فلم يكن

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، المؤلف غير معروف ٤٦٨/١

زيوفا تفسيرا لاول كلامه بل هي بيان للنوع فصح موصولا ومفصولا درر.

وحاصل الفرق بينهما وبين ما تقدم أن فيما تقدم أقر بعقد البيع أو القرض والعقد يقتضي سلامة العوضين عن العيب كما تقدم، وهنا أقر بالغصب والوديعة وهما لا يقتضيان السلامة، وهو قابض والقول للقابض أمينا كان أو ضمنيا.

قوله: (لانها دراهم مجازا) فكان

هذا من باب التغيير فلا يصح مفصولا.

قوله: (وصدق بيمينه في غصبته أو أودعني) لان الغصب والوديعة لا يقتضيان وصف السلامة كما تقدم.

قوله: (مثلا) أي أو قرضا.

قوله: (إلا أنه ينقص كذا) أي الدراهم، ومثله في الشرنبلالية، لكن في العيني قوله إلا أن ينق ص كذا: أي مائة درهم وهو ظاهر.

قوله: (أي الدراهم الخ) أي أن كل عشرة من دراهم هذا الالف وزن خمسة مثاقيل لا وزن سبعة منها.

قوله: (متصلا) أي قال ذلك متصلا.

قوله: (وإن فصل بلا ضرورة لا يصدق).

قال الزيلعي: ولو كان الانقطاع بسبب انقطاع النفس أو بسبب دفع السعال، فعن أبي يوسف أنه يصح إذا وصله به، وعليه الفتوى لان الانسان يحتاج إلى أن يتكلم بجميع ذلك بكلام كثير ويذكر الاستثناء في آخره، ولا يمكنه أن يتكلم بجميع ذلك بنفس واحد، فلو لم يجعل عذرا يكون عليهم حرج، وعليه الفتوى. ا هـ.

قوله: (لا الوصف كالزيافة) فلذا لم يصح له علي ألف من ثمن متاع إلا أنها زيوف فهو كما لو قال: وهي زيوف.

وحاصل الفرق بين هذا وبين ما إذا قال هي زيوف حيث لا يصدق هناك، لان الزيافة وصف فلا يصح استثناؤها وهذا قدر.

قوله: (ضمن المقر) ما أقر بأخذه له لانه أقر **بسبب الضمان** وهو الاخذ، ثم إنه ادعى ما يوجب البراءة وهو الاذن بالاخذ والآخر ينكر، فالقول قوله مع يمينه، بخلاف ما إذا قال له المقر له بل أخذتها قرضا، حيث يكون القول للمقر كما سيأتي، وكذا لو قال." (١)

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، المؤلف غير معروف ٢/٢٧٩

"أخذته عارية فقال بل بيعا فالقول للآخذ لانكاره البيع، وهذا إذا لم يلبسه بزازية والعلة في عدم الضمان هو اتفاقهما أن الاخذ كما بالاذن سائحاني.

ولعل العارية محرفة عن الوديعة، لان اللبس في العارية مباح دون الوديعة، ومعلوم أن العارية تبيح التصرف كالبيع، فلا يصلح اللبس هنا فارقا، لكن في البدائع قال: أعرتني ثوبك فهلك وقال المقر له لا بل غصبته، فإن الهلاك بعد اللبس يضمن، لان لبس ثوب الغير سبب لوجوب الضمان في الاصل، فدعوى الاذن فدعوى براءة عن الضمان فلا يثبت إلا بحجة ا هـ.

قوله: (وهو سبب الضمان) قال صلى الله تعالى عليه وسلم على اليد ما أخذت حتى ترده أي ثم بعد إقراره بالاخذ ادعى

ما يوجب براءته، وهو الاذن بالاخذ والآخر ينكر، فكان القول له بيمينه، فإن نكل عنه لا يلزم، أما لو قال له بعد قوله أخذتها وديعة بل أخذتها قرضا يكون القول للمقر، لانهما تصادقا على أن الاخذ حصل بالاذن، وهو لا يوجب الضمان، ثم إن المالك يدعي عقد القرض والمقر ينكره فالقول له، ومثله لو قال أخذتها بيعا بعد قوله ما تقدم.

أفاده المصنف ومثله في العيني.

قوله: (أعطيتنيه) قال الخير الرملي: ومثله دفعتها لي وديعة ونحوه مما يكون من فعل المقر له.

تأمل.

قوله: (لانكاره الضمان) قال المصنف: لانه لم يقر بسبب الضمان بل أقر بالاعطاء وهو فعل المقر له، فلا يكون مقرا على نفسه بسبب الضمان والمقر له يدعي عليه سبب الضمان، وهو ينكر والقول قول المنكر.

قال في الهداية: والفرق أن في الفصل الاول أقر بسبب الضمان وهو الاخذ ثم ادعى ما يبرئه وهو الاذن والآخر ينكره، فيكون القول له مع اليمين، وفي الثاني أضاف الفعل إلى غيره وذلك يدعي بسبب الضمان وهو الغصب وهو ينكر فيكون القول للمنكر مع اليمين.

ومما يكثر وقوعه ما في التاترخانية أعرتني هذه الدابة فقال لا ولكنك غصبتها، فإن لم يكن المستعير ركبها فلا ضمان وإلا ضمن، وكذا دفعتها لي عارية أو أعطيتنيها عارية.

وقال أبو حنيفة: إن قال أخذتها منك عارية وجحد الآخر ضمن، وإذا قال أخذت هذا الثوب منك عارية فقال أخذته مني بيعا فالقول للمقر ما لم يلبسه لانه منكر الثمن، فإن لبس ضمن أعرتني هذا فقال لا بل أجرتك لم يضمن إن هلك بخلاف قوله غصبته حيث يضمن إن كان استعمله ا هـ.

قوله: (وإلا فقيمته) فيه أن فرض المسألة في المشار إليه، إلا أن يقال كان موجودا حين الاشارة ثم استهلكه المقر.

تأمل.

قوله: (لاقراره باليد ثم بالاخذ منه) أي ثم ادعى الاستحقاق بعد فلا يصدق بلا برهان.

قوله: (وصدق من قال آجرت فلانا فرسي هذه الخ) أقول صورة المسألة: في يد إنسان فرس أو ثوب فقال مخاطبا لزيد إنك كنت أجرت أو أعرت فرسي هذه أو ثوبي هذا لعمرو فرده عمرو علي وكذبه عمرو: أي قال لم أستأجره ولم أستعره فالقول للمقر الذي هو ذو اليد، ولا يكون قوله لزيد أجرته أو أعرته إقرارا لزيد بالملك لقوله فرسي أو ثوبي.

تأمل.

ذكره في الحواشي الخيرية.

قوله:." (١)

"للاول، قوله لا بل وديعة فلان إضراب عنه ورجوع، فلا يقبل قوله في حق الاول، ويجب عليه ضمان مثلها للثاني لانه أقر له بها وقد أتلفها عليه بإقراره بها للاول فيضمن له.

منح.

وسيأتي قبيل الصلح ما لو قال أوصى أبي بثلث ماله لفلان بل لفلان.

قوله: (بخلاف هي لفلان الخ) فلم يكن مقرا **بسبب الضمان**، بخلاف الاولى فإنه حيث أقر بأنه وديعة لفلان الآخر يكون ضامنا حيث أقر بها للاول لصحة إقراره بها للاول فكانت ملك الاول ولا يمكن تسليمها للثاني، بخلاف ما إذا باع الوديعة ولم يسلمها للمشتري لا يكون ضامنا بمجرد البيع حيث يمكنه دفعها له بها هذا ما ظهر.

فتأمل.

وأيضا لانه أقر بها للاول ثم رجع وشهد بها للثاني فرجوعه لا يصح وشهادته لا تقبل.

منح.

فرع: أقر بمالين واستثنى كله على ألف درهم ومائة دينار إلا درهما: فإن كان المقر له في المالين واحدا يصرف إلى المال الثاني، وإن لم يكن من جنسه قياسا و إلى الاول استحسانا لو من جنسه، وإن كان المقر

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، المؤلف غير معروف ٢/٢٨٠

له رجلين يصرف إلى الثاني مطلقا، مثل لفلان علي ألف درهم ولفلان آخر علي مائة دينار إلا درهما هذا كله قولهما، وعلى قول محمد: إن كانا لرجل يصرف إلى جنسه، وإن لرجلين لا يصح الاستثناء أصلا. تاترخانية عن المحيط.

قوله: (لزمه أيضا) الثاني ألف لانه أقر له بشئ تقبله الذمة بأن كان دينا أو قرضا وهي تقبل حقوقا شتى كالدين والقرض ونحوهما: قوله: (وعليه للثاني مثلها) لما
تقدم في الوديعة.

قوله: (ولو كان المقر له واحدا) وقد زاد في أحد الاقرارين قدرا أو وصفا.

قوله: (يلزمه أكثرهما قدرا وأفضلهما وصفا) أي سواء كان ما بعد بل هو الافضل أو ما قبلها، وسواء كان الفضل في الذات أو في الصفة لانه حيث أقر بالقدر الزائد أو الوصف الفاضل لا يصح الرجوع عنه أو أخذه، لانه إن لم يقر به أولا فقد أقر به ثانيا وهذا إذا كان جنسا واحدا، فلو كان جنسين كألف درهم لا بل دينار لزمه الالفان.

قوله: (أو عكسه) راجع إلى المسألتين، والقياس أن يلزمه المالان وبه قال زفر، كما إذا اختلف جنس المالين بأن قال لفلان ألف درهم بل ألف دينار، فإنه يلزمه المالان بالاجماع كما قدمنا.

والحاصل: أن هذه المسألة على وجهين أحدهما: أن يكون المال متحدا.

والثاني: أن يكون مختلفا.

فإن كان متحدا فإنه يلزمه أفضل المالين، سواء كان ما بعد بل هو الافضل أو ما قبلها، وسواء كان الفضل في الذات أو في الصفة كما قدمنا، فلذا قال في المبسوط: إذا أقر لفلان بألف درهم ثم قال بل بخمسمائة فعليه ألف، وكذا لو قال خمسمائة بل ألف، ولو قال عشرة دراهم بيض لا بل سود أو قال سود لا بل بيض أو قال جيد لا بل ردئ أو ردئ بل جيد فعليه أفضلهما، وإن كان مختلفا فعليه المالان لان الغلط لا يقع في الجنس المختلف عادة فرجوعه عن الاول باطل والتزامه الثاني صحيح، فلو قال له علي درهم بل دينار لزمه ودينار، ولو قال له علي كر حنطة لا بل كر شعير." (١)

"وجه ظاهر الرواية: أن الربح إنما يحصل بالعمل فيقام سبب حصول الربح مقام حقيقة حصوله في صيرورة المال مضمونا به، وهذا إذا كانت المضاربة الثانية صحيحة، فإذا كانت فاسدة لا يضمن الاول وإن عمل الثاني لانه أجير فيه والاجير لا يستحق شيئا من الربح فلا تثبت الشركة له، بل له أجر مثله على

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، المؤلف غير معروف ٢٨٢/٢

المضارب الاول وللاول ما شرط له من الربح ا هـ.

منح.

قوله: (فإذا عمل تبين أنه

مضاربة فيضمن) لانه حصل العمل في المال على وجه لم يرض به المالك فتحقق الخلاف فوجب الضمان، فجعل الامر مراعي: أي موقوفا قبل العمل حتى إذا عمل الثاني وجب الضمان، وإلا فلا ط.

فإن قلت: إنه بالعمل مستبضع ولا تظهر المخالفة إلا بظهور الربح، يجاب بأنه لم يعمل مجانا حتى يكون مستبضعا بل عمل على طمع الاجر وهو ما شرط له من الربح فتحصل المخالفة بمجرد العمل فيوجد سبب الضمان.

قوله: (إلا إذا كانت الثانية فاسدة) قال في البحر: وإن كانت إحداهما فاسدة أو كلاهما فلا ضمان على واحد منهما، وللعامل أجر المثل على المضارب الاول ويرجع به الاول على رب المال، والوضيعة على رب المال والربح بين الاول ورب المال على الشرط بعد أخذ الثاني أجرته إذا كانت المضاربة الاولى صحيحة فللاول أجر مثله ا هـ: أي لانه حينئذ يكون الثاني أجيرا والمضارب له أن يستأجر.

قال في التبيين: هذا إذا كانت المضاربتان صحيحتين.

وأما إذا كانت إحداهما فاسدة أو كلتاهما فلا ضمان على واحد منهما، لانه إن كان الثانية هي الفاسدة صار الثاني أجيرا، وللاول أن يستأجر من يعمل في المال، وإن كانت هي الاولى فكذلك، لان فسادها يوجب فساد الثانية، لان الاولى لما فسدت صارت إجارة وصار الربح كله لرب المال، ولو صحت الثانية في هذه الحالة لصار الثاني شريكا، وليس للاجير أن يشارك غيره فكانت فاسدة بالضرورة وكانا أجيرين، وكذا إذا كانتا فاسدتين، وإذا كانا أجيرين لا يضمن واحد منهما.

ا هـ.

بتصرف ما.

والحاصل: أن صحة الثانية فرع عن صحة الاولى، فلا تصح الثانية إلا إذا كانت الاولى صحيحة، فاشتراط صحة الثانية اشتراط لصحة الاولى.

قوله: (على المضارب الاول) ويرجع به الاولى على رب المال.

قوله: (وللاول الربح المشروط) يعني والربح بين الاول ورب المال على الشرط بعد أخذ الثاني أجرته إذا كانت المضاربة الاولى صحيحة، وإلا فللاول أجر مثله أيضا وربح كله لرب المال كما ذكرنا.

قوله: (ولو استهلكه الثاني) قال الاتقاني: والحاصل أنه لا ضمان على واحد منهما قبل عمل الثاني في ظاهر الرواية عند علمائنا الثلاثة، وإذا عمل الثاني في المال إن عمل عملا لم يدخل تحت
المضاربة بأن وهب المضارب الثاني المال من رجل أو استهلكه فالضمان على الثاني دون الاول، وإن عمل عملا دخل تحت المضاربة بأن اشترى بالمال شيئا: فإن ربح فعليهما الضمان، وإن لم يربح فلا ضمان على واحد منهما في ظاهر الرواية ا هـ.

وفيه تأمل ط.

قوله: (فالضمان عليه خاصة) والاشهر." (١)

"المنهي عن الوضع فيه فحينئذ يضمن أيضا كما بينا.

وذكر شيخ الاسلام خواهر زاده أنه يضمن بالحفظ المنهي عنه مطلقا كما في الظهيرية، وعليه كلام الذخيرة كما علمته من كلام الهداية المار قريبا.

قوله: (ولا يضمن مودع المودع) أي بالهلاك عنده، أما لو استهلكه ضمن، ومودع الغاصب لو رده على الغاصب برئ، كما أن غاصب الغاصب لو رد على الغاصب برئ كما سيذكره في الغصب ذكره الخير الرملي.

قوله: (فيضمن الاول) إذا دفع إلى غير من في عياله بغير إذن ولا ضرورة كحرق.

در منتقى.

وإنما ضمن الاول لانه ترك الحفظ دون الثاني لانه أخذ المال من أمين ولم يترك الحفظ وهذا قول الامام.

وعندهما يضمن المالك أيهما شاء، فإن ضمن الاول لم يرجع على الثاني لانه ملكه بالضمان فظهر أنه أودع ملك نفسه، وإن ضمن الثاني رجع على الاول لانه عامل له فيرجع عليه بما لحقه من
العهد.

لهما أن الاول جنى بالتسليم إلى الثاني بغير إذن المالك، والثاني تعدى بالقبض بلا إذنه فيميل المالك إلى أيهما شاء.

وللامام أن الاول لا يضمن بالدفع إلى الثاني ما لم يفارقه لان حفظه لا يفوت ما دام في مجلسه، والمالك إنما رضي بحفظه ورأيه لا بصورة يده بدليل أنها لو هلكت قبل أن يفارقه لا يضمن واحد منهما بالاجماع، فإذا فارق الاول الثاني ضمن لانه صار مضيعا والثاني أمين استمر على الحالة الاولى ولم يوجد منه تعد ولم

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، المؤلف غير معروف ٤٣٥/٢

يكن متعديا من الابتداء بالقبض فلا ينقلب متعديا من غير إحداث فعل زيلعي.

وهنا ضمن في إيداع قصدي، لانه لو كان ضمنيا قيل لا يضمن، كما لو دخل الحمام ووضع دراهم الوديعة مع ثيابه بين يدي الثيابي قيل يضمن، لانه إيداع المودع كما قدمناه عن جامع الفصولين معزيا للذخيرة.

وفيه معزيا للمحيط: لا يضمن لانه إيداع ضمني وإنما يضمن بإيداع قصدي.

ا هـ.

ومن هذا القبيل ما في الدرر: أودع حر عبدا محجورا فأودع المحجور محجورا مثله وضاع المودع ضمن الاول فقط بعد العتق لانه سلطه على إتلافه وشرط عليه الضمان فصح التسليط وبطل الشرط في حق المولى، ولا يضمن الثاني لانه مودع المودع.

وصورة المسألة: أودع عند رجل وديعة فأودعها المودع عند شخص آخر من غير عياله فهلكت: مسكين.

قوله: (لا ضمان) لان حفظه لا يفوت ما دام في مجلسه الخ ولو استهلك الثاني الوديعة ضمن بالاتفاق ولصاحب الوديعة أن يضمن الاول ويرجع على الثاني وأن يضمن الثاني ولا يرجع ط.

قوله: (لم يصدق) لانه يدعي زوال سبب الضمان بعد ثبوته والمالك ينكره فالقول للمالك بيمينه والبينة للمودع.

قال في جامع الفصولين: لم يصدق لانه أقر بوجوب الضمان عليه ثم ادعى البراءة فلا يصدق إلا ببينة ا هـ.

ووجوب الضمان عليه هنا كونه أودع عند الغير والايداع إلى الغير موجب للضمان فلا يصدق في رفع الموجب.

قوله: (وفي الغصب منه يصدق) يعني لو غصب الوديعة من المودع غاصب وهلكت فأراد المالك أن يضمن الغاصب فقال المودع رده علي وهلك عندي وقال لا بل هلك." (١)

"كذلك.

سائحاني قوله: (وتارك نشر الصوف صيفا الخ) قد اشتمل البيتان على مسألتين من الظهيرية.

قال في كتاب الوديعة: إذا أفسدها الفأر وقد اطلع المودع على ثقب معروف، إن كان أخبر صاحب الوديعة أن هاهنا ثقب الفأر فلا ضمان، وإن لم يخبره بعدما اطلع عليه ولم يسده ضمن، وهي المسألة الثانية.

والاولى ما قال في الظهيرية عن السيد الامام أبي القاسم أن الانسان إذا استودع عنده ما يقع فيه السوس في زمان الصيف فلم يبردها في الهواء حتى وقع السوس وفسد لا يضمن، وهذا علم من صورة النظم إلا أنه

---

(١) تكملة حاشية رد المحتار، المؤلف غير معروف ٢/٥٠٤

يعلم من ذلك الحكم في نظيره.
انتهى ما ذكره ابن الشحنة.
قال في الهندية: الوديعة إذا أفسدتها الفأرة وقد اطلع المودع على ثقب ب الفأرة، إن أخبر صاحبها أن هاهنا ثقب الفأرة لا ضمان عليه، وإن لم يخبر بعدما اطلع عليه ولم يسده يضمن.
كذا في الفصول العمادية.
وذكر بعدها عبارة الظهيرية.
ثم قال: وفي فتاوى أبي الليث: إذا كانت الوديعة شيئا يخاف عليه الفساد وصاحب الوديعة غائب: فإن رفع الامر إلى القاضي حتى يبيعه جاز وهو الاولى، وإن لم يرفع حتى فسدت لا ضمان عليه لانه حفظ الوديعة على ما أمر به.
كذا في المحيط.
وإن لم يكن في البلد قاض باعها وحفظ ثمنها لصاحبها.
كذا في السراج الوهاج انتهى.
قوله: (فعث) العث بالمثلثة: السوس أو الارضة وهي دويبة تأكل الصوف.
قوله: (لم يضمن) لانه حفظ الوديعة كما أمر به.
محيط.
ويضمن بتشديد الميم.
قوله: (وقرض الفأر) الحاصل أنه إذا أودعه الوديعة فوضعها في محل لا ثقب فيه فقرضها الفأر أو أحرقتها النار أو أصابها بخس بالباء الموحدة بالتحتية ثم الخاء المعجمة أي نقص، أو أصابها نخس بالنون ثم الخاء: أي ثقب متسع فلا ضمان عليه.
وأما إذا كان في المكان الموضوع فيه
الوديعة ثقب قد اطلع عليه المودع: إن أخبر صاحبها به فلا ضمان عليه، وإن لم يخبره ولم يسده يضمن.
أفاده صاحب الهندية قوله: (بالعكس يؤثر) أي بالخلاف.
قوله: (ولم يعلم) الواو بمعنى أو، فينتفي عنه الضمان بسده أو بإعلام المالك به وإن لم يسده، لان المالك حينئذ رضي بوضعه فيه على هذا الحال ويعلم بضم الياء.
قوله: (وينبغي تفصيله) البحث للطرسوسي حيث قال: وينبغي أن يكون فيها التفصيل لان الامر دائر بين

الاعلام للمودع أو السد بدونه وهو موجود أو ارتضاه.

عبد البر وأقره الشرنبلالي.

تتمة في ضمان المودع بالكسر في قاضيخان: مودع جعل في ثياب الوديعة ثوبا لنفسه فدفعها إلى ربها ونسي ثوبه فيها فضاع عنده ضمن لانه أخذ ثوب الغير بلا إذنه والجهل فيه لا يكون عذرا: قال في نور العين: ينبغي أن تقيد المسألة بما لو كان غير عالم ثم علم بذلك وضاع عنده وإلا فلا سبب للضمان أصلا، فالظاهر أن قوله والجهل فيه لا يكون عذرا ليس على إطلاقه، والله تعالى أعلم.

ا هـ.

ملخصا.

قال في السراجية: مؤنة الرد على المالك لا على المودع، وإن نقلها في بلده من محلة فمؤنة الرد على صاحبها بالاتفاق، وكذا إذا سافر فيما يجوز له السفر بها تكون الاجرة على المالك سراج: أي أجرة الرد كما يؤخذ من سابقه.." (١)

"ص -٣٣١-...وأما لغير من هو عليه بالعين، كأن يشتري عبد زيد بمائة له على عمرو، ففيه قولان أظهرهما في الشرحين والمحرر والمنهاج: البطلان ؛ لأنه لا يقدر على تسليمه.

والثاني: يجوز كالاستبدال، وصححه في الروضة من زوائده.

وشرطه على ما قال البغوي ثم الرافعي: أن يقبض كل منهما في مجلس العقد ما انتقل إليه فلو تفرقا قبل قبض أحدهما، بطل العقد.

قال في المطلب: ومقتضى كلام الأكثرين خلافه، ثم ذكر فيه أن بيع الدين الحال على معسر أو منكر - ولا بينة له عليه - لا يصح جزما.

وكما لا يصح بيع الدين، لا يصح رهنه ولا هبته على الصحيح.

ما يجوز فيه الاستبدال، وما لا يجوز.

لا يجوز الاستبدال عن دين السلم لامتناع الاعتياض عنه ويجوز عن دين القرض وبدل المتلف مثلا، وقيمته وثمن المبيع والأجرة والصداق وعوض الخلع وبدل الدم قال الأسنوي: وكذا الدين الموصى به والواجب بتقدير الحاكم في المتعة أو بسبب الضمان وكذا زكاة الفطرة إذا كان الفقراء محصورين وغير ذلك.

قال: وفي الدين الثابت بالحوالة: نظر يحتمل تخريجه على أنها بيع أم لا، ويحتمل أن ينظر إلى أصله، وهو

(١) تكملة حاشية رد المحتار، المؤلف غير معروف ٢/٥١٤

المحال به فيعطى حكمه.

وحيث جاز الاستبدال، جاز عن المؤجل حالا، لا عكسه.

ثم إن استبدل موافقا في علة الربا، شرط قبضه في المجلس لا تعيينه في العقد أو غيره، شرط تعيينه في المجلس لا في العقد ولا قبضه.

قال في المطلب: وعلى هذا فقولهم، إن ما في الذمة لا يتعين إلا بالقبض، محمول على ما بعد اللزوم. أما قبله: فيتعين برضاهما وينزل ذلك منزلة الزيادة والحط.

قال الأسنوي: وهذا الذي قاله جيد، وهو يقتضي إلحاق زمن خيار الشرط في ذلك بخيار المجلس.

الخامس:

لا تجب فيه الزكاة إن كان ماشية، وعللوه بأن السوم شرط وما في الذمة لا يوصف به. واستشكله الرافعي: بأن المسلم في اللحم يذكر أنه من راعية أو معلوفة، فكما يثبت في الذمة لحم راعية، فلتثبت الراعية نفسها.." (١)

" ما يجوز فيه الأستبدال و ما لا يجوز

ما يجوز فيه الأستبدال و ما لا يجوز

لا يجوز الاستبدال عن دين السلم لامتناع الاعتياض عنه و يجوز عن دين القرض و بدل المتلف مثلا و قيمته و ثمن المبيع و الأجرة و الصداق و عوض الخلع و بدل الدم

قال الأسنوي : و كذا الدين الموصي به و الواجب بتقدير الحاكم في المتعة أو **بسبب الضمان** و كذا زكاة الفطرة إذا كان الفقراء محصورين و غير ذلك

قال : و في الدين الثابت بالحوالة : نظر يحتمل تخريجه على أنها بيع أم لا و يحتمل أن ينظر إلى أصله و هو المحال به فيعطي حكمه

و حيث جاز الأستبدال جاز عن المؤجل حالا لا عكسه

ثم إن استبدل موافقا في علة الربا شرط قبضه في المجلس لا تعيينه في العقد أو غيره شرط تعيينه في المجلس لا في العقد و لا قبضه

قال في المطلب : و على هذا فقولهم إن ما في الذمة لا يتعين إلا بالقبض محمول على ما بعد اللزوم

(١) الأشباه والنظائر، المؤلف غير معروف ٦/٢

أما قبله : فيتعين برضاهما و ينزل ذلك منزلة الزيادة و الحط

قال الأسنوي : و هذا الذي قاله جيد و هو يقتضي إلحاق زمن خيار الشرط في ذلك بخيار المجلس ." (١)

"ولا تصح البراءة من الأعيان

ويصح ضمان رد كل عين ممن هي في يده مضمونة عليه كمغصوبة ومستعارة كما يصح بالبدن بل أولى لأن المقصود هنا المال ويبرأ الضامن بردها للمضمون له ويبرأ أيضا بتلفها فلا يلزمه قيمتها كما لو مات المكفول ببدنه لا يلزم الكفيل الدين

ولو قال ضمنت مما لك على زيد من درهم إلى عشرة صح وكان ضامنا لتسعة إدخالا للطرف الأول لأنه مبدأ الالتزام وقيل عشره إدخال للطرفين في الالتزام

فإن قيل رجح النووي في باب الطلاق أنه لو قال أنت طالق من واحدة إلى ثلاث وقوع الثلاث وقياسه تعيين العشرة

أجيب بأن الطلاق محصور في عدد فالظاهر استيفاؤه بخلاف الدين

ولو ضمن ما بين درهم وعشرة لزمه ثمانية كما في الإقرار

القول في شرط الصيغة وشرط في الصيغة للضمان والكفالة الآتية لفظ يشعر بالالتزام كضمنت دينك الذي على فلان أو تكفلت ببدنه ولا يصحان بشرط براءة أصيل لمخالفته مقتضاهما ولا بتعليق ولا بتوقيت

ولو كفل بدن غيره وأجل إحضاره له بأجل معلوم صح للحاجة كضمان حال مؤجلا بأجل معلوم

ويثبت الأجل في حق الضامن ويصح ضمان المؤجل حالا ولا يلزم الضامن تعجيل المضمون وإن التزمه حالا كما لو التزمه الأصيل

القول في ما يترتب على الضمان الصحيح (ولصاحب الحق) ولو وارثا (مطالبة من شاء من الضامن) ولو متبرعا (والمضمون عنه) بأن يطالبهما جميعا أو يطالب أيهما شاء بالجميع أو يطالب أحدهما ببعضه والآخر بباقيه أما الضامن فلخبر الزعيم غارم وأما الأصيل فلأن الدين باق عليه

ولو برىء الأصيل من الدين برىء الضامن منه ولا عكس في إبراء الضامن بخلاف ما لو برىء بغير إبراء كأداء

---

(١) الأشباه والنظائر – شافعي، المؤلف غير معروف ص/٥٣٨

ولو مات أحدهما والدين مؤجل حل عليه لأن ذمته خربت بخلاف الحي فلا يحل عليه لأنه يرتفق بالأجل

وإنما يخير في المطالبة (إذا كان الضمان) صحيحا (على ما بيناه) فيما تقدم من كون الدين لازما معلوم القدر والجنس والصفة وشرط في المضمون له

هو الدائن معرفة الضامن عينه لتفاوت الناس في استيفاء الدين تشديدا وتسهيلا ومعرفة وكيله كمعرفته كما أفتى به ابن الصلاح وإن أفتى ابن عبد السلام بخلافه لأن الغالب أن الشخص لا يوكل إلا من هو أشد منه في المطالبة ولا يشترط رضاه لأن الضمان محض التزام لم يوضع على قواعد المعاقدات ولا رضا المضمون عنه وهو المدين ولا معرفته لجواز التبرع بأداء دين غيره بغير إذنه ومعرفته (وإذا غرم الضامن) الحق لصاحبه (رجع) بما غرمه (على المضمون عنه إذا كان الضمان والقضاء) للدين (بإذنه) أي المضمون عنه له فيهما لأنه صرف ماله إلى منفعة الغير بإذنه هذا إذا أدى من ماله

أما لو أخذ من سهم الغارمين فأدى به الدين فإنه لا يرجع كما ذكروه في قسم الصدقات وإن انتفى إذنه في الضمان والأداء فلا رجوع له لتبرعه فإن أذن في الضمان فقط وسكت عن الأداء رجع في الأصح لأنه أذن في سبب الأداء ولا يرجع إذا ضمن بغير الإذن وأدى بالإذن لأن وجوب الأداء **بسبب الضمان** ولم يأذن فيه

نعم لو أدى بشرط الرجوع رجع كغير الضامن وحيث ثبت الرجوع فحكمه حكم القرض حتى يرجع في المتقوم بمثله صورة كما قاله القاضي حسين

ومن أدى دين غيره بإذن ولا ضمان رجع وإن لم يشرط الرجوع للعرف بخلاف ما إذا أداه بلا إذن لأنه متبرع وإنما يرجع مؤد ولو ضامنا إذا أشهد بذلك ولو رجلا ليحلف معه لأن ذلك حجة أو أدى بحضرة مدين ولو

---

(١) ".

"مستقل بسببية إيجاب الجزاء ألا ترى أنه يجب عليه الجزاء لو رماه من بعيد قبل أن يأخذه فالأخذ قد يكون شرطا حسيا للقتل وقد لا يكون إلا أن مباشرة الشرط في الإتلاف **سبب للضمان** كحفر البئر فإنه شرط للوقوع والعلة ثقل الواقع وبهذا التقرير يسقط سؤالان كيف يرجع ولم يفوت يدا محترمة ولا ملكا وأيضا

---

(١) الإقناع للشربيني، المؤلف غير معروف ٢/٣١٤

أن الشيء إذا خرج عن محلية الملك لا يضمن مستهلكه وإن جنى من كان في يده فإن قيل ما الفرق بين هذا وبين المسلم إذا غصب خمر الذمي فاستهلكه مسلم آخر في يده يضمن الآخذ للذمي ولا يرجع على المستهلك فالجواب أن اتحاد اعتقاد سقوط تقومها منع من رجوع المسلم على ذلك المسلم المستهلك هذا وقد أورد في النهاية كيف يرجع وهو قد لزمته كفارة تخرج بالصوم وهو إنما يرجع بضمان يحبسه فلا يجوز أن يرجع عليه بأكثر مما لزمه وأجاب بأن مثل هذا التفاوت لا يمنع كالأب إذا غصب مدبر ابنه فغصبه منه آخر فضمن الإبن أباه فإنه لا يحبسه وللأب أن يحبس من قتله في يده ولا فرق بين ضمان يفتي به وضمان يقضى به فإن زكاة السائمة تدخل تحت القضاء بخلاف زكاة سائر الأموال فحق الله تعالى إذا كان له طالب معين يكون له المطالبة وإذا لم يكن لا تتعين المطالبة وهذا قد يوهم أن له الرجوع وإن كفر بغير المال وقد صرح في المنتقى بأنه إنما يرجع إذا كفر بالمال ونقل عن أبي عبد الله الجرجاني أنه قال ولا فرق بين كون القاتل صبيا أو نصرانيا أو مجوسيا في ثبوت الرجوع عليه وأصل المسائل كلها أن تفويت الأمن على الصيد يوجب الجزاء والأمن يكون بثلاثة أشياء بإحرام الصائد أو دخوله في أرض الحرم أو دخول الصيد فيه وأنه إذا تحقق التفويت لا يبرأ بالشك فلذا قلنا يجب الجزاء في إرسال الحلال الصيد في أرض الحل بعد ما أخرجه من أرض الحرم وبإرسال المحرم إياه في جوف البلد لأنه لم يصر بهذا لإرسال ممتنعا ظاهرا ولذا لو أخذه إنسان حلال ىره أه أكله قوله فعليه قيمته جعله

____

". (١)

"أحرم فباعه وأما الهبة فبعد أن يكون الواهب مالكا بالطريق الذي ذكرنا فيه نظر ولو تبايعنا صيدا في الحل ثم أحرمنا أو أحدهما ثم وجد المشتري به عيبا رجع بالنقصان وليس له الرد وقد قدمنا أنه إذا أصاب المحرم صيودا كثيرة على قصد التحلل والرفض للإحرام فعليه جزاء واحد لتناوله انقطاع الإحرام وإن أخطأ وإن لم يكن على وجه التحلل ورفض الإحرام فعليه لكل جزاء وعلى هذا سائر محظورات الإحرام قوله ومن أخرج ظبية من الحرم وهو حلال أو محرم قوله وهذه أي كونها مستحقة الأمن بالرد إلى المأمن صفة شرعية فالتأنيث هو باعتبار الخبر مثل قولك زيد هي هدية إليك ولا يصح على اعتبار اكتساب الكون التأنيث من المضاف إليه لأنه هنا مما لا يصح حذفه وإقامة المضاف إليه مقامه لفساد المعنى لأنه ضمير الظبية ولا يصح الظبية صفة شرعية بخلاف نحو شرقت صدر القناة من الدم والحاصل أن صفة استحقاق الأمن

____

(١) شرح فتح القدير، المؤلف غير معروف ١٠١/٣

شرعية كالرق والحرية فتسري إلى الولد عند حدوثه كسائر الصفات الشرعية فيصير خطاب رد الولد مستمرا وإذا تعلق خطاب الرد كان الإمساك تعرضا له ممنوعا فإذا اتصل الموت به ثبت الضمان بخلاف ولد المغصوب لأن سبب الضمان الغصب وهو إزالة اليد ولم توجد في حق الولد حتى لو منع الولد بعد طلب المالك حتى مات ضمنه أيضا قالوا وهذا إذا لم يؤد ضمان الأم قبل الولادة فإن كان فعل لا يضمن الولد لأن الولد حينئذ لا يسرى إليه استحقاق الأمن بالرد إلى المأمن لانتفاء هذه الصفة عن الأم قبل وجوده حتى لو ذبح الأم والأولاد حل لأنه صيد الحل ولكنه يكره ذكره في الغاية وكل زيادة في هذا الصيد كالسمن والشعر فضمانه عند موته على التفصيل المذكور والذي يقضيه النظر أن التكفير أعني أداء الجزاء أن كان حال القدرة على إعادة أمنها بالرد إلى المأمن لا يقع بذلك كفارة ولا يحل بعده التعرض لها بل حرمة التعرض لها قائمة وإن كان العجز عنه بأن هربت في الحل عند ما أخرجها إليه خرج به عن عهدتها فلا يضمن ما يحدث بعد التكفير من أولادها إذا متن وله أن يصطادها وهذا لأن المتوجه قبل العجز عن تأمينها إنما هو خطاب الرد إلى المأمن ولا يزال متوجها ما كان قادرا لأن سقوط الأمن إنما هو بفعل المأمور به ما لم يعجز ولم يوجد فإذا عجز توجه خطاب الجزاء وقد صرح هو بأن الأخذ

". (١)

"به هذا وإنما جاز الحج عنه لأنه لما بطلت الإجارة بقي الأمر بالحج فيكون له نفقة مثله وإذا أراد أن يكون ما فضل للمأمور من الثياب والنفقة يقول له وكلتك أن تهب الفضل من نفسك وتقبضه لنفسك فإن كان على موت قال والباقي مني لك وصية وفي الفتاوي لو حج المأمور بالحج ماشيا وأمسك مئونة الكراء كان ضامنا مال الميت والحج لنفسه لانصراف الأمر بالحج إلى المتعارف وهو بالزاد والراحلة ولو أوصى أن يعطي بعيره هذا إلى رجل يحج عنه فأكراه الرجل وأنفق الكراء على نفسه في الطريق وحج ماشيا جاز عن الميت استحسانا هو المختار لأنه ملك أن يبيعه ويحج بثمنه فكذا يملك أن يؤجره ولأنه لو لم يملك ذلك كانت الأجرة له ولا يضمن كالغاصب ويقع الحج عن المأمور فيتضرر الميت به فوجب أن يملك الإجارة نظرا للميت ثم يؤدي البعير إلى الورثة لأنه ملك مورثهم قال أبو الليث في النوازل وعندي أن الحج عن نفسه ويضمن نقصان البعير إلا أن يكون الميت فوض إليه ذلك ألا ترى أن رجلا لوكل رجلا بأن يبيع بعيره بمائة فآجره بمائة لا يجوز فكذا هذا أه ولو أوصى أن يحج عنه فلان فمات فلان أحجوا

(١) شرح فتح القدير، المؤلف غير معروف ٣/١٠٧

عنه غيره ولو اختلف المأمور والوارث أو الوصي فقال وقد أنفق من مال الميت منعت من الحج وكذبه الآخر لايصدق ويضمن إلا أن يكون أمرا ظاهرا يشهد على صدقه لأن **سبب الضمان** قد ظهر فلا يصدق في دفعه إلا بأمر ظاهر يدل على صدقه ولو اختلفا فقال حججت وكذبه الآخر كان القول للمأمور مع يمينه لأنه يدعي الخروج عن عهدة ما هو أمانة في يده ولا تقبل بينة الوارث أو الوصي أنه كان يوم النحر بالبلد إلا أن يقيما على إقراره أنه لم يحج نظيره قال المودع دفعتها إليك بمكة وأقام رب الوديعة البينة أنه كان في اليوم الذي ادعى فيه الدفع بمكة بالكوفة لم تجز هذه الشهادة بخلاف ما إذا أقامها على إقراره أنه كان بالكوفة أما لو كان الحاج مديونا للميت وأمره أن يحج بماله الذي عليه وباقي المسئلة بحالها فإنه لايصدق إلا ببينة لأنه يدعي قضاء الدين وفي خزانة الأكمل القول له مع يمينه إلا أن يكون للورثة مطالب بدين الميت فإنه لا يصدق في حق غريم الميت إلا بالحجة وفي فتاوى أهل سمرقند أوصى رجلا أن يحج عنه ولم يقدر فيه شيئا والوصي إن أعطى للحاج في محمل احتاج إلى ألف ومائتين أو راكبا لا في محمل يكفيه الأقل والأكثر يخرج من الثلث يجب الأقل لأنه المتيقن ولو مرض الحاج عن غيره فليس له أن يدفع المال إلى غيره ليحج به إلا إذا قال له الدافع اصنع ما شئت فهذه فوائد مهمة لا يستغنى عنها قدمناها أمام ما في الكتاب تتميما أو تكميلا لفائدته ولنرجع إلى الشرح قوله ومن أمره رجلان إلخ صور الإبهام هنا أربعة أن يهل بحجة عنهما أو عن أحدهما عن الإبهام أو يهل بحجة من غير تعيين للمحجوج عنه أو يحرم عن أحدهما بعينه بلا تعيين لما أحرم به ففي الأولى قال هي عن الحاج ويضمن النفقة وفي الثانية قال إن مضى على ذلك إلخ وحاصله أنه ما لم يشرع في الأعمال فالأمر موقوف لم ينصرف الإحرام إلى نفسه ولا إلى واحد من الأمرين فإن عين أحدهما قبل الوقوف انصرف إليه وإلا انصرف إلى نفسه وضمن النفقة وفي الثالثة قال في الكافي لا نص فيه وينبغي أن

---

(١) ".

"قيمتها اكثر من قيمته جاز ولو كان الساكت صبيا والمعتق موسرا فالخيار بين التضمين والسعاية لولية والتضمين اولى لانه انظر ولو لم يكن له ولى انتظر بلوغه ليختار قيل هذا في موضع ليس فيه قاض فإن كان في موضع فيه قاض نصب القاضي له قيما ليختار التضمين او الاستسعاء وليس للولى اختيار العتق لانه تبرع بمال الصبي وكذا لو كان مكان الصبي مكاتب او عبد مأذون ليس لهما الا التضمين او الاستسعاء

---

(١) شرح فتح القدير، المؤلف غير معروف ١٤٩/٣

اما المكاتب فإن له ان يكاتب والاستسعاء بمنزلة الكتابة واما العبد المأذون فالقياس ان يكون له حق التضمين فقط لان الاستسعاء بمنزلة الكتابة وليس للعبد المأذون ان يكاتب ولكن قال سبب الاستسعاء قد تقرر وهو عتق الشريك على وجه لا يمكن ابطاله وربما يكون الاستسعاء انفع من التضمين فلهذا ملك المأذون ذلك وان كان لا يملك الكتابة ابتداء واذا احتار المكاتب او المأذون التضمين او الاستسعاء فولاء نصيبهما لمولاهما لانهما ليسا من اهل الولاء فيثبت الولاء لاقرب الناس اليهما وهو المولى وان لم يكن على العبد دين فالخيار للمولى لان كسبه مملوك للمولى في هذه الحالة وتقدير القيمة يوم الاعتاق فلو كان فيه صحيحا ثم عمى يجب نصف قيمته صحيحا وقلبه لو كان اعمى يوم العتق فانجلى بياض عينيه يجب نصف قيمته اعمى لانه حال ثبوت سبب الضمان وكذا يعتبر اليسار والاعسار وقت العتق فلو كان موسرا وقت العتق فأعسر لا يسقط عنه الضمان ولو كان معسرا فأيسر لا ضمان ولو اختلفا في قيمته يوم اعتقه فإن كان العبد قائما نظر الى قيمته يوم ظهر العتق حتى إذا لم يتصادقا على العتق فيما مضى يقوم للحال لأن العتق حادث فيحال على أقرب أوقات ظهوره وكذلك ان اراد ان يستسعى العبد ولو تصادقوا على وقت العتق واختلفوا في قيمته في ذلك الوقت فالقول قول المعتق كالغاصب لانه ضامن وينكر الزيادة ولو اختلفا في اليسار والاعسار فقال المعتق اعتقت وانا معسر وقال الشريك بل وانت موسر نظر الى حاله يوم ظهر العتق اما لانه كالمنشيء للعتق في الحال او لانه لما وقع الاختلاف فيما مضى يحكم الحال فإن كان في الحال موسرا فالظاهر شاهد لمن يدعى اليسار فيما مضى وان كان معسرا في الحال فالظاهر شاهد لمن يدعى العسرة فيما مضى وهو كالمستأجر مع رب الطاحونة اذا اختلفا في جريان الماء في المدة يحكم الحال ولو تصادقا على ان العتق كان سابقا عليه في مدة يختلف حاله فيه فالقول قول المعتق في انكار يساره لانه ينكر المعنى الموجب للضمان واذا كان موسرا يوم المتقه فاختار الشريك ضمانه ثم بدا له ان يبرئه ويستسعى الغلام لم يكن له ذلك وروى ابن سماعة عن محمد انه ان قضى القاضي له بالضمان او رضي به المعتق فليس له ان يستسعى الغلام بعد ذلك وإلا فله قيل ما ذكر في الاصل من الإطلاق محمول على ذلك التفصيل وقيل بل في المسئلة روايتان ولو مات الساكت قبل ان يختار شيئا فلورثته من الخيار ما كان له لانهم قائمون مقامه بعد موته وليس هذا توريث الخيار بل المعنى الذي اوجب الخيار للمورث ثابت للورثة فإن شاءوا اعتقوا وان شاءوا استسعوا العبد وان شاءوا ضمنوا المعتق فإن ضمنوه فالولاء كله للمعتق لانه بأداء الضمان اليهم يملك نصيبهم كما كان يتملك بالاداء الى المورث وان اختاروا الاعتاق او

الاستسعاء فالولاء في هذا النصيب للذكور من اولاد الميت دون الاناث لان معتق البعض كالمكاتب والمكاتب لا يورث عينه وانما يورث ما عليه من المال فيعتق نصيب

". (١)

"دراهم فضة جياد بوزن سبعة مثاقيل أو أكثر سواء كانا في الوقت كذلك أو لا فلا اعتبار للوقت لأنه يزيد وينقص فيه السعر ولا بد من كون قيمة غير الفضة بعشرة يوم السرقة ووقت القطع حتى لو نقص القيمة وقت القطع عن عشرة لم يقطع إلا إن كان النقص بسبب عيب دخله أو فوات بعض العين فعلى هذا إذا سرق في بلد ما قيمته فيها عشرة فأخذ في أخرى وقيمتها فيها أقل لا يقطع وفي قول الطحاوى يعتبر وقت الإخراج من الحرز فقط ولو سرق أقل من زون عشرة فضة تساوى عشرة مصكوكة لا يقطع لأنه يخالف النص وهو قوله لا قطع إلا في دينار أو عشرة دراهم في محل النص وهو أن يسرق وزن عشرة ولا بد من ثبوت دلالة القصد إلى النصاب المأخوذ وعليه ذكر في التجنيس من علامة النوازل سرق ثوبا قيمته دون العشرة وعلى طرفه دينار مشدود لا يقطع وذكر من علامة فتاوى أئمة سمرقند إذا سرق ثوبا لا يساوى عشرة وفيه دراهم مضروبة لا يقطع وقال وهذا إذا لم يكن الثوب وعاء للدراهم عادة فإن كان يقطع لأن القصد فيه يقع على سرقة الدراهم ألا يرى أنه لو سرق كيسا فيه دراهم كثيرة يقطع وإن كان الكيس يساوى درهما ولا بد من أن يكون للمسروق منه يد صحيحة حتى لو سرق عشرة وديعة عند رجل ولو لعشرة رجال يقطع بخلاف السارق من السارق على الخلاف وأن يخرجه ظاهرا حتى لو ابتلع دينارا في الحرز وخرج لا يقطع ولا ينتظر أن يتغوطه بل يضمن مثله لأنه استهلكه وهو سبب الضمان للحال وأن يخرج النصاب بمرة واحدة فلو أخرج بعضه ثم دخل وأخرج باقيه لا يقطع قوله والعبد والحرفى القطع سواء لأن النص لم يفصل بين حر وعبد ولا يمكن التنصيف فيتكامل وهذا لأن الجناية موجبة للعقوبة صيانة لأموال الناس والرق منصف فما أمكن فيه التنصيف نصف عليه وبه يحصل موجب العقوبة ومالا كمل ضرورة وإلا أهدر السبب في حقه بخلاف الزنا فإن له حدين الجلد والرجم فانتظم النص الحر و المرقوق في الجلد فحد على نصف حد الأحرار بقوله تعالى ﴿ فعليهن نصف ما على المحصنات من العذاب ﴾ ثم شرع الحد الآخر وهو الرجم على الأحرار ابتداء بحيث لم يتناول الأرقاء قوله ويجب القطع بإقراره مرة واحدة عند أبى حنيفة ومحمد ومالك والشافعى وأكثر علماء هذه الأمة وقال أبو يوسف لا يقطع إلا بالإقرار مرتين وهو قول أحمد وابن

(١) شرح فتح القدير، المؤلف غير معروف ٤/٤٦٣

أبى ليلى وزفر وابن شبرمة ويروى عن أبى يوسف اشتراط كون الإقرارين في مجلسين استدلوا بالمنقول والمعنى أما المنقول فما روى أبو داود عن أبى أمية المخزومى أنه عليه الصلاة والسلام أتى بلص قد

". (١)

"وشمس الأئمه البيهقي زاد فقال في كفايته وعن ابي يوسف وهو رواية عن أبي حنيفه وفي بعضها ما يفيد أنه الظاهر من قول كقول صاحب الأسرار وقال أبو يوسف لا يقطع وكذا قال الحاكم الشهيد في الكافي وقال أبو يوسف كل شئ يجب عليه قيمته إن شاء ذلك رب المتاع فلا قطع عليه وجه قوله إن السرقة ما تمت إلا وقد أنعقد للسارق فيها سبب الملك إذ بالخرق الفاحش يثبت للمالك ولاية تضمين السارق قيمة الثوب وتركه له وإن كره ذلك وما انعقد للسارق فيه سبب الملك لا يقطع به كما لو سرق المشتري المبيع الذي فيه خيار البائع ثم اسقط البائع الخيار فإنه لا يقطع لذلك وهو أن السرقه تمت على عين غير مملوك ولكن فيه سبب الملك للسارق ولهما أن الآخذ وقع سببا للضمان ولا يخفى أن المناسب أن يقول إن الشق وقع سببا للضمان لا للملك وثبوت ولاية الغير ان يملك ليس سببا للملك بل السبب إنما يثبت عند أختيار التضمين وإنما تكون تلك الولاية موجبه للسببية إذا كان التصرف موضوعا للتمليك كالبيع فيما قسمت عليه لا فيما وضع سببا للضمان فالفرق بين صورة الشق وصورة البيع كون نفس التصرف وضع للتمليك بخلاف الشق ولما كان الكلام ليس في الأخذ بل في الشق تكلف في تقريره بأن قيل الأخذ سبب للضمان لأنه عدوان محض لا للملك فكان كالشق عدوانا فكما لا تعتبر في الاخذ شبهة الملك دارئه للقطع بل يقطع إجماعا كذلك الشق وإنما يصير الشق سببا للضمان إذا اختار المالك التضمين فيثبت ضرورة أداء الضمان أو القضاء به ومثله لا يورث شبهة وإلا لثبت مثلها في نفس الأخذ لأنه أيضا يحتمل أن يصير سببا للملك بأداء الضمان كالشق فصار نظير ما إذا سرق البائع معيبا باعه ولم يعلم المشتري العيب فأنه يقطع وأن انعقد سبب الرد بالعيب الذي به يثبت الملك للبائع قوله وهذا الخلاف الحاصل الحاصال أن هذا الخلاف الكائن في القطع هو فيما إذا كان النقصان فاحشا واختار المالك تضمين النقصان وأخذ الثوب يقطع مع ذلك

---

(١) شرح فتح القدير، المؤلف غير معروف ٣٦٠/٥

". (١)
"

بالإسلام إلى الضمان من غير سبب جديد وصار كما لو قطعت يد مرتد أو حربي فاسلم لا يجب على الفاعل شيء ولهما أن الجناية وردت على محل معصوم لانه مسلم وتمت فيه لانه مسلم في الحالين فيجب ضمان النفس كما إذا لم تتخلل الردة وهذا لان تخللها كائن في حال البقاء فقط وانما يوجب سقوط العصمة في حال البقاء وبه تثبت الشبهة المسقطة للقصاص في النفس فيبقى ضمانها بالدية لان سقوط العصمة في حال البقاء لا يمنع كمال موجب هذه الجناية إلا لو كانت العصمة معتبرة حالة البقاء في ايجابها والواقع انه لا معتبر ببقائها في ذلك وانما المعتبر قيامه في حال ابتداء الجناية لانعقاده سببا وفي حال الموت ليثبت الحكم وهو الضمان وحالة البقاء بمعزل إذ ليست حال انعقاد سبب الضمان ولا حال ثبوت حكمه فصار كقيام الملك في حال بقاء اليمين لا عبرة به بل المعتبر قيامه حال التعليق وحال ثبوت الحكم وهو حال وجود الشرط حتى إذا قال لزوجته أن دخلت فأنت طالق ثم أبانها ثم تزوجها فدخلت طلقت وكذا للعبد أن فعلت فأنت حر فباعه ثم اشتراه ففعل عتق وكذا وجود النصاب في ايجاب الزكاة المعتبر وجوده أول الحول لينعقد السبب وفي آخره ليثبت حكمه هذا إذا كان المقطوع يده هو الذي ارتد فلو كان القاطع هو الذي ارتد في المبسوط فان قتل ومات المقطوع يده من القطع مسلما فان كان عمدا فلا شيء له لان الواجب القصاص وقد فات محله حين قتل على ردته أو مات وان كان خطأ فعلى عاقلة القاطع دية النفس لانه عند ايجابه كان مسلما وجناية المسلم خطأ على عاقلته وتبين بالسراية أن جنايته كانت قتلا فكانت على عاقلته ولو كانت الجناية منه حال الردة كانت الدية في الخطأ في ماله لما بينا أن المرتد

". (٢)
"

فأقل ما في الباب أن يكون مشكوكا في أنه أخذه له أو لنفسه فلا يضمن بالشك ولهما انه اقر بسبب الضمان وهو أخذ مال الغير وادعى ما يبرئه وهو الاخذ لمالكه وفيه وقع الشك فلا يبرأ وما ذكر أبو

---

(١) شرح فتح القدير، المؤلف غير معروف ٥/٤١٨

(٢) شرح فتح القدير، المؤلف غير معروف ٦/٩٠

يوسف من الظاهر يعارضه مثله لان الظاهر كون التصرف عاملا لنفسه فإن قال كون اخذ المال سببا للضمان إذا لم يكن بإذن الشرع فأما بإذنه فممنوع وإذا لم يثبت أن هذا الاخذ سبب للضمان لم يقع الشك في البراءة بعد ثبوت سبب الضمان حتى ينفع ما ذكرتم فالجواب أن اذن الشرع مقيد بالاشهاد عند الإمكان على ما ذكرنا آنفا من رواية اسحاق من اصاب لقطة فليشهد ذا عدل وهذا الاختلاف فيما إذا امكنه الاشهاد وإذا لم يمكنه عند الرفع أو خاف انه أن اشهد اخذها منه ظالم فتركه لا يضمن بالإجماع والقول قوله مع يمينه كوني منعني من الاشهاد كذا قال ويكفيه في الاشهاد أن يقول من سمعتموه ينشد ضالة فدلوه علي أو عندي ضالة أو شيء فمن سمعتموه إلى آخره فإذا جاء صاحبها يطلبها فقال هلكت لا يضمن ولا فرق بين كون اللقطة واحدة أو اكثر لأنه أي اللقطة بتأويل الملتقط اسم جنس ولا يجب أن يعين ذهبا أو فضة خصوصا في هذا الزمان قال الحلواني ادنى ما يكون من التعريف أن يشهد عند الاخذ ويقول اخذتها لأردها فإن فعل ذلك ولم يعرفها بعد ذلك كفى فجعل التعريف اشهادا وقول المصنف يكفيه من الاشهاد أن يقول إلى آخره يفيد مثله فاقتضى هذا الكلام أن يكون الاشهاد الذي أمر به في الحديث هو التعريف وقوله عليه الصلاة والسلام من اصاب ضالة فليشهد معناه فليعرفها ويكون قوله ذا عدل ليفيد عند جحد المالك التعريف أي الاشهاد فإنه إذا استشهد ثم عرق بحضرته لا يقبل ما لم يكن عدلا وألا فالتعريف لا يقتصر على ما بحضرة العدول وعلى هذا فخلافيه أبي يوسف فيما إذا لم يعرفها اصلا حتى ادعى ضياعها وادعى إنها كانت عنده ليردها واخذها كذلك وقولهما أن اذن الشرع مقيد بالاشهاد أي بالتعريف فإذا لم يعرفها فقد ترك ما أمر به شرعا في الاخذ وهو معصية فكان الغالب على الظن انه اخذها لنفسه على هذا لا يلزم الاشهاد أي التعريف وقت الاخذ بل لا بد منه قبل هلاكها ليعرف به أنه اخذها ليردها لا لنفسه وحينئذ فما ذكر في ظاهر الرواية من انه إذا اخذها ثم ردها إلى مكانها لا يضمن من غير قيد بكونه ردها في مكانها أو بعد ما ذهب ثم رجع ظاهر لان بالرد ظهر انه لم يأخذها لنفسه وبه ينتفي الضمان عنه وقيده بعض المشايخ بما إذا لم يذهب بها فإن ذهب بها ثم اعادها ضمن وبعضهم ضمنه ذهب بها أو لا والوجه ظاهر المذهب وما ذكرنا لا ينفي وجه التضمين بكونه مضيعا مال غيره بطرحه بعد ما لزمه حفظه بالاخذ

---

(١) ".

"

---

(١) شرح فتح القدير، المؤلف غير معروف ٦/١٢٠

كان زوجة فلا يجب لهذا ولان الردة بجهة الخدمة يمنعها منه لانها لا تستحق بدل الخدمة على الزوج كالولد ولذا لو استأجرها لتخدمه لا يجب لها شيء واما الوصي فإنما لا يستحق الجعل برد عبد اليتيم لانه من الحفظ وشأن الوصي أن يحفظ ماله وان كان غيرهم من الاب وباقي الاقارب فان كانوا في عيال المالك لا يجب لهم شيء وان لم يكونوا في عياله وجب لهم لان العادة والعرف أن الانسان إنما يطلب الابق بمن في عياله فكان التبرع منهم ثابتا عرفا وهو كالثابت نصا بخلاف ما إذا لم يكونوا في عياله لان التبرع حينئذ لم يوجد نصا ولا عرفا قوله وان ابق من الذي رده فلا شيء عليه أي لا ضمان على الراد وفي بعض نسخ القدوري لا شيء له أي لا جعل للراد وكل منهما صحيح وكذا إذا مات عنده إلا أن نفي الجعل يصح بلا شرط لأن الجعل كالثمن والراد كالبائع للمالك لانه باباقة كالهالك من حيث فوات جميع الانتفاعات به وبالرد كأنه استفاد ملكه من جهته فصار كالبائع ولذا كان له حبسه لاستيفاء الجعل والبائع إذا هلك في يده أو ابق وهو عبد سقط الثمن فكذا يسقط الجعل وانتفاء الضمان يشترط له أن يكون اشهد على قول أبي حنيفة ومحمد لانه حينئذ صار امانة عنده كما في اللقطة وقال أبو يوسف لا ضمان عليه اشهد أو لم يشهد إذا قال اخذته لارده والقول قوله في ذلك مع يمينه إذا علم انه انه كان آبقا فلو انكر المولى اباقة فالقول له لان سبب الضمان وهو اخذ مال الغير بغير اذنه ظهر من الراد ثم ادعى على ما يسقطه وهو اذن الشارع باباقة والمالك منكر وكذا لا يجب الجعل إذا جاء به وانكر المولى اباقة إلا أن يشهد شهود انه ابق من مولاه أو يشهدوا على إقرار المولى باباقة قوله ولو اعتقه المولى كما لقيه أي رآه قبل قبضه يصير بالاعتاق قابضا فيجب الجعل كما في العبد المشتري إذا اعتقه قبل القبض يصير به قابضا ويجب الثمن وكذا إذا باعه المولى من الراد أي قبل قبضه يصير به قابضا لسلامة بدله وهو الثمن له فان قيل للرد حكم البيع من المالك فبيع المالك من

---

(١) ".

"خلاف والصحيح أن القول أيضا للقاضي لأنه أي القاضي أضافه إلى حالة معهودة منافية للضمان فصار كما إذا اتفقا على الطلاق والعتاق وقالت المرأة والعبد كان ذلك في صحة عقلك وقال بل وأنا مجنون وكان جنونه معهودا فالقول له وكما لو قال أقررت لك وأنا ذاهب العقل من برسام وهو معلوم أنه كان به واحترز بقوله هو الصحيح عما قال شمس الأئمة في شرحه للجامع الصغير إن القول للمدعي لأن هذا

---

(١) شرح فتح القدير، المؤلف غير معروف ١٣٨/٦

الفعل حادث فيضاف إلى أقرب الأوقات وهذا يخص ما إذا كانت الدعوى بعد العزل خاصة وكذا أفرضه شمس الأئمة فإنه قال فأما إذا زعم أي المدعي أنه فعل ذلك بعد العزل فإن القول قوله لأن هذا الفعل حادث الخ قال ومن ادعى فيه تاريخا سابقا لا يصدق إلا ببينة فالتصحيح يخص ما إذا كانت دعواه أنه فعله بعد العزل ولكنه ذكر في تعليله ما يعمم كون القول للقاضي فإنه قال لأن الأصل أن المنازعة متى وقعت في الحالة الماضية يحكم الحار كمسئلة الطاحونة وفي الحال فعله موجب للضمان عليه وبهذا الإسناد يدعي سقوطه بخلاف الأول حيث تصادقا أنه فعله وهو قاض إلى آخر ما ذكر ولكن المذكور في عامة نسخ شروح الجامع أن القول للقاضي وهو اختيار فخر الإسلام والصدر الشهيد لأنه بالإسناد إلى الحالة المعهودة المنافية للضمان منكر للضمان فالقول قوله كما لو قال الوكيل بالبيع بعد العزل بعت وسلمت قبل العزل فقال الموكل بعده فالقول للوكيل إن كان المبيع مستهلكا وإن كان قائما بعينه لم يصدق لأنه أخبر عن أمر لا يملك إنشاءه فيصير مدعيا وكذا لو قال العبد بعد العتق لرجل قطعت يدك خطأ وأنا عبد وقال المقر له بل وأنت حر فالقول للعبد ولا ضمان وكذا إذا قال أخذت مني كل شهر كذا من المال بعد العتق فقال السيد قبله فالقول للسيد إن كانت الغلة هالكة وإن كانت قائمة فالقول للعبد ويأخذه من المولى لأنه أقر بالأخذ ثم بالإضافة يريد التملك عليه فكان مدعيا وكذا الوصي لو ادعى بعد بلوغ اليتيم أنه أنفق عليه كذا وهو في يده وادعى اليتيم أنه استهلكه فالقول قول الوصي ذكره المحبوبي واستشكل بما ذكره في باب جناية المملوك فيمن أعتق جاريته ثم قال لها قطعت يدك وأنت أمتي فقالت بل وأنا حرة فالقول لها وكذا كل ما أخذ منها عند أبي حنيفة وأبي يوسف مع أنه منكر بإسناده إلى الحالة المعهودة المنافية للضمان ولو قلت أقر هناك بسبب الضمان وهو القطع ثم ادعى ما يبرئه فلا يسمع فهاهنا أيضا أقر بسبب الضمان وهو إقراره للمقر له بشيء ثم ادعى ما يبرئه بذهاب العقل وكذا القاضي إذا أقر بعد العزل بالأخذ ثم ادعى ما يبرئه بالإسناد وكذا الوصي أجيب بالفرق بأن المولى أقر بأخذ مال الغير وادعى جهة التملك لنفسه فيصدق في الإقرار لا في جهة التملك كما لو قال أخذت منك ألفا هي ديني عليك أو الهبة التي وهبتها وأنكر الآخر كان القول للآخر وكذا لو قال أكلت طعامك بإذنك وقال بغير إذني فالقول لصاحب الطعام بخلاف القاضي والوكيل والوصي لأنهم ما ادعوا جهة التملك لأنفسهم وكذا في دعوى الطلاق والعتاق ما ادعوا التملك لأنفسهم لما هو ملك الغير فكان القول

". (١)

"قولهم في إضافتهم إلى الحالة المعهودة المنافية قوله ولو أقر القاطع أو الآخذ في هذا الفصل وهو فصل زعم لمأخوذ منه والمقطوع أن القاضي فعل ذلك قبل التقليد أو بعد العزل فأقر القاطع والقابض إني فعلت ذلك بأمر القاضي وهو على قضائه والمأخوذ منه والمقطوع يده يقول بل قبله أو بعده يضمنان ولا يضمن القاضي لأنهما أقرا **بسبب الضمان** وهو مباشرتهما الأخذ والقطع وقبول قول القاضي في ذلك لدفع الضمان عن نفسه بسبب يخصه وهو كي لا يمتنع الناس عن قبوله فتضيع الحقوق وهي مفسدة عظيمة فلا يوجب بطلانه عن غيره لعدم الاشتراك في ذلك السبب وقوله ولو كان المال في يد الآخذ قائما هذا قيد فيما يلزم جواب المسئلة المذكورة في الصورتين بحسب الظاهر فإن لازم كون القول للقاضي وللقاطع والآخذ في صورة التصادق على أن الفعل كان في حالة القضاء أنه لا رجوع بالمال المأخوذ للمأخوذ منه مطلقا فإنه قد حكم بنفاذ قوله فأفاد أن ذلك أعني عدم الرجوع فيما إذا كان المأخوذ هالكا أما إذا كان قائما فيؤخذ من القابض سواء صدق

". (٢)

"القابض في أنه أخذه في حال قضائه أو كذبه وقال بل قبل التقليد أو بعد العزل علله محمد في الزيادات فقال لأن الشيء قائم بعينه فلا يصدق أنه أخذه على وجه الحكم قالوا معناه ان القاضي لما أقر بالأخذ يصير شاهدا لغيره بالكلام الثاني وإقراره بالأخذ صحيح وشهادته بالملك لغيره باطلة ولأن القابض أقر **بسبب الضمان** حيث أقر أن اليد كانت للمأخوذ منه فلا تسمع دعواه التملك عليه إلا ببينة وقول المعزول ليس ببينة عليه لأنه ليس شاهدا بالدين بل بفعل نفسه المنافي للضمان =كتاب الشهادات

يتبادر أن تقديمها على القضاء أولى لأن القضاء موقوف عليها إذ كان ثبوت الحق بها إلا أنه لما كان القضاء هو المقصود من الشهادة قدمه تقدمة للمقصود على الوسيلة والشهادة لغة إخبار قاطع وفي عرف أهل الشرع إخبار صدق لإثبات حق بلفظ الشهادة في مجلس القضاء فتخرج شهادة الزور فليست شهادة وقول القائل في مجلس القاضي أشهد برؤية كذا لبعض العرفيات وسبب وجوبها طلب ذي الحق أو خوف فوت حقه فإن من عنده شهادة لا يعلم بها صاحب الحق وخاف فوت الحق يجب عليه أن يشهد

(١) شرح فتح القدير، المؤلف غير معروف ٣٦٢/٧

(٢) شرح فتح القدير، المؤلف غير معروف ٣٦٣/٧

بلا طلب وشرطها البلوغ والعقل والولاية فخرج الصبي والعبد والسمع والبصر للحاجة إلى التمييز بين المدعي والمدعى عليه ولم يذكر الإسلام لأن الدين أصل الشهادة في الجملة وركنها اللفظ الخاص الذي هو متعلق الإخبار وحكمها وجوب الحكم على القاضي والقياس يأبى جوازها لكنه ترك بقوله تعالى ﴿ واستشهدوا شهيدين من رجالكم ﴾ ونظائره من الكتاب

---

(١) ".

"حد مقدر قوله ولا ضمان عليهم لأنهم لم يتلفوا شيئا على المشهود له أو عليه قوله فإن حكم الخ إذا رجعوا قبل الحكم فلا ضمان عليهم وإن رجعوا بعده لم يفسخ الحكم لما تقدم من أن الثاني ليس أولى من كلامهم الأول ولا الأول أولى من الثاني فتعارضا ولا ترجيح قبل الحكم لأحد الكلامين فلا يحكم بأحدهما وبعده ترجح الأول لاتصال القضاء به لأنه مؤكد لحكمه وقع في حال لا معارض له فيه فلا ينقض الأقوى بالأدنى لكن عليهم ضمان ما أتلفوه بشهادتهم وإنما كانوا متلفين بسبب لزوم حكم شهادتهم أعني اتصال القضاء الذي لا يجوز نقضه وبالرجوع مع العلم بأنه لا ينقض القضاء به كانوا معترفين بأن تسببهم في ذلك الإتلاف كان تعديا لأنه وقع على خلاف الحق والتسبب في الإتلاف تعديا سبب للضمان وكان أبو حنيفة رحمه الله أولا يقول ينظر إلى حال الشهود إن كان حالهم عند الرجوع أفضل من حالهم وقت الأداء في العدالة صح رجوعهم في حق نفسهم وفي حق غيرهم فيعزرون وينقض القضاء ويرد المال على المشهود عليه وإن كانوا عند الرجوع كحالهم عند الأداء أو دونه يعزرون ولا ينقض القضاء ولا يجب الضمان على الشاهد وهذا قول أستاذه حماد بن سليمان ثم رجع إلى أنه لا يصح رجوعه في حق غيره على كل حال فلا ينقض القضاء ولا يرد المال على المقضي عليه لما قلنا وهو قولهما قوله ولا يصح الرجوع إلا بحضرة الحاكم سواء كان هو القاضي المشهود عنده أو غيره وزاد جماعة

---

(٢) ".

"ولو ادعى عليه بذلك لا يلزمه إذا تصادقا أن لزوم المال عليه كان بهذا الرجوع ولو أقر في مجلس قاض انه رجع عند قاضي كذا صح باعتبار كون هذا رجوعا عند هذا القاضي لا الذي أسند رجوعه إليه ولو

---

(١) شرح فتح القدير، المؤلف غير معروف ٣٦٤/٧

(٢) شرح فتح القدير، المؤلف غير معروف ٤٧٩/٧

رجعا عند القاضي ثم جحد تقبل البينة عليهما ويقضى بالضمان عليهما ثم ذكر المصنف لاشتراط مجلس الحكم في صحة الرجوع وجهين أولهما أن الرجوع فسخ للشهادة فكما اشترط للشهادة المجلس كذلك لفسخها وعلى الملازمة منع ظاهر مع إبداء الفرق بأن اشتراط المجلس ليتصور الأداء عنده بالضرورة بخلاف الرجوع لأن حاصله الإقرار على نفسه بتحقق سبب الضمان منه والإقرار بالضمان لا يتوقف على مجلس القضاء وأجاب في النهاية بأن ما شرط للابتداء شرط للبقاء كالبيع فإنه شرط فيه وجود المبيع فكذا في فسخه وهذا أيضا مما يحتاج إلى إثبات الملازمة مع أن الاتفاق أن شرط ذلك في فسخ البيع إنما هو ليثبت حكم الفسخ وهو التراد والتراد يتوقف على قيامه بخلاف حكم الرجوع فإنه الضمان ويمكن إثباته مع ثبوته دون المجلس ثم هو قد أورد على ما ذكره من أن شرط الابتداء شرط البقاء السلم حيث يشترط لابتدائه حضور رأس المال دون فسخه وأجاب بمثل ما ذكرنا من أن ذلك لأمر يخص الابتداء لا يوجد في البقاء وهو كي لا يلزم الافتراق عن الكالئ بالكالئ وذلك غير لازم في فسخه فلذا لم يشترط في فسخه ما شرط في ابتدائه وهذا نحو ما ذكرنا من أن شرط المجلس ابتداء ليتصور الأداء بخلاف الفسخ ثم تمهيد الجواب بأن ما شرط للابتداء شرط للبقاء لا يناسب ما نحن فيه وهو الرفع نعم الرفع يرد على حالة بقاء أثر الشهادة وهو الحكم بها ولو تسهلنا إلى جعل ذلك بقاء نفس الشهادة لا يتصور كون مجلس الحكم شرطا لبقاء الشهادة ولو أرخينا العنان في الآخر فإنما يكون المشروط للبقاء المجلس الأول الذي كان شرطا للأداء والمجلس المشروط هنا مجلس آخر وذكر بعضهم في وجهه أن الرجوع فسخ ونقض للشهادة فكان مقابلا لها فاختص بموضع الشهادة ومنع الملازمة فيه ظاهر فبينه بأن السواد والبياض لما كانا متضادين اشترط للتضاد اتحاد المحل ولا يخفى أن اتحاد المحل إنما هو شرط امتناع اجتماع المتضادين لا شرط لكل من المتضادين في نفسه كما أن المجلس شرط لكل من الشهادة ونقضها والوجه الثاني أن الرجوع توبة عن ذنب الكذب وكان ذلك الذنب في مجلس القضاء فتختص التوبة عنه بمجلسه ولا شك أن ذلك أيضا غير لازم فيه فبينوا له ملازمة شرعية بحديث معاذ رضي الله تعالى عنه حين بعثه النبي صلى الله عليه وسلم إلى أهل اليمن فقال أوصني فقال عليك بتقوى الله تعالى ما استطعت إلى أن قال وإذا عملت شرا فأحدث توبة السر بالسر والعلانية بالعلانية وأنت تعلم أن العلانية لا تتوقف على الإعلان في محل الذنب بخصوصه مع أن ذلك لا يمكن بل في مثله مما فيه علانية وهو إذا اظهر الرجوع للناس وأشهدهم عليه وبلغ ذلك القاضي بالبينة عليه كيف لا يكون معلنا قوله وإذا شهد شاهدان بمال فحكم الحاكم به ثم رجعا ضمنا المال للمشهود عليه وهذا مذهب مالك وأحمد والشافعي في الجديد لا ضمان عليهما لأنهما مسببان ولا

" (١) .

"سبب الضمان أما الفروع فبالنقل وأما الأصول فبتحميلهم الفروع على النقل إذ بتحميلهم لزمهم ذلك شرعا حتى يأثموا لو تركوا النقل بخلاف الغاصب مع غاصبه قوله وإن رجع المزكون عن التزكية بعد القضاء بالمال ضمنوا المال أطلقه القدوري وذكر المصنف وغيره أن ذلك قول أبي حنيفة رحمه الله وعندهما لا يضمنون لأن القضاء الذي به الإتلاف لم يقع بالتزكية بل بالشهادة فلم يضف التلف إليهم فلا يضمنون وصاروا كشهود الإحصان إذا رجعوا بعد الرجم لا يضمنون الدية باتفاقنا ولأبي حنيفة رحمه الله أن التزكية علة إعمال الشهادة والشهادة علة التلف فصار التلف مضافا إلى التزكية لأن الحكم يضاف إلى علة العلة كما يضاف إلى العلة بخلاف الإحصان لأنه ليس العلة في القتل بل العلة فيه الزنا والإحصان ليس مثبتا للزنا فشهوده لا يثبتون الزنا فليس علة لعلة القتل ليجب الضمان بل هو شرط محض أي عند وجوده فيكون الحد كذا وتمام المؤثر في الحد رجما كان أو جلدا ليس إلا الزنا إلا أنه قد يقال من طرفهما إن الحكم لا يضاف إلى علة العلة إلا عند عدم العلة وعند وجودها لا يضاف إلا إليها وهذا فرع ذكره في المبسوط شهدوا بالزنا وزكوا وقال المزكون هم أحرار مسلمون فرجم ثم تبين أنهم عبيد أو كفار فإن ثبت المزكون على أنهم أحرار مسلمون لا ضمان عليهم ولا على الشهود أما الشهود فلأنه لم يتبين كذبهم في الشهادة بل الواقع أن لا شهادة على المسلمين من عبيد أو كفار وأما المزكون فلأنهم اعتمدوا قول الناس في ذلك وليس إخبارهم القاضي بذلك شهادة وأما لو رجعوا وقالوا تعمدنا الكذب فعليهم ضمان الدية عند ابي حنيفة رحمه الله وعندهما الدية في بيت المال في الوجهين لأن المزكين ما أثبتوا سبب الإتلاف وهو الزنا إنما أثنوا على الشهود خيرا وأبو حنيفة يقول جعلوا ما ليس بموجب أعني الشهادة موجبا بالتزكية إلى آخره يعني ما ذكرنا قوله وإذا شهد شاهدان باليمين أي شهدوا بتعليق طلاق زوجته قبل

" (٢) .

" والأصح أنه مع أبي يوسف والأول الصحيح قيد بالإشهاد لأنه لو أقر أنه أخذها لنفسه يضمن اتفاقا ولأنه لو تصادقا على أنه أخذها ليردها لم يضمن اتفاقا هذا إذا اتفقا أنه لقطة وإن اختلفا فقال صاحبها

(١) شرح فتح القدير، المؤلف غير معروف ٤٨١/٧

(٢) شرح فتح القدير، المؤلف غير معروف ٤٩٧/٧

أخذتها غصبا وقال الملتقط لا بل أخذتها لقطة لك يضمن اتفاقا كما في أكثر الكتب وبه علم أن الإشهاد شرط عند الاختلاف وفيه إشارة إلى أن البالغ والصبي سواء في الضمان بترك الإشهاد فأشهد أبوه ووصيه وعرف لم يصدق

والقول للمالك إن أنكر أخذه للرد أي إن لم يشهد عليه وقال الملتقط أخذته للمالك وكذبه المالك فإنه ضامن عند الطرفين وعند أبي يوسف القول للملتقط فلا يضمن لأن الظاهر شاهد لاختياره الحسبة دون المعصية وهو قول الأئمة الثلاثة ولهما أنه أقر **بسبب الضمان** وهو أخذ مال الغير ثم ادعى ما يبرئوه فوقع الشك فلا يصدق إلا ببينة

وفي الحاوي ترجيح قول أبي يوسف حيث قال وبه نأخذ وعلى هذا الخلاف لو قال مالكها أخذتها لنفسك وقال الملتقط بل أخذتها لأجلك

وفي النوادر لو ضاعت في يده ثم وجدها في يد رجل فلا خصومة معه بخلاف المودع

وفي البحر إذا أخذ الرجل لقطة ليعرفها ثم أعادها إلى المكان الذي أخذها منه فقد برئ من الضمام هذا إذا أعادها قبل أن يتحول عن ذلك المكان أما إذا أعادها بعدما تحول يضمن في غير ظاهر الراوية

ويكفي في الإشهاد قوله أي الملتقط من سمعتموه ينشد أي يطلب لقطة فدلوه جمع أمر مخاطب من دل يدل عليها قليلة كانت أو كثيرة واحدة أو أكثر لأنها اسم جنس ويعرفها أي يجب تعريف اللقطة في مكان أخذها فإنه أقرب إلى الوصول وفي المجامع أي مجامع الناس كأبواب المساجد والأسواق فإنه أقرب إلى وصول الخبر مدة أي زمانا يغلب على ظنه أي الملتقط عدم طلب صاحبها أي اللقطة بعدها أي بعد هذه المدة وهو الصحيح وعليه الفتوى وهو مختار شمس الأئمة السرخسي لأن ذلك يختلف بقلة المال وكثرته فيفوض إلى رأي المبتلى وهو خلاف ظاهر الرواية فإنه عرفها سنة نفيسة

". (١)

" أي الأمة

ولو ماتت الأمة قبل الإقالة ثم تقايلا صح التقايل أي الإقالة بعد موتها ويجب على المسلم إليه قيمتها يوم القبض لأن شرط الإقالة بقاء العقد وهو يبقى ببقاء المعقود عليه وهو المسلم إليه فيه وهو باق

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، المؤلف غير معروف ٢/٥٢٥

في ذمة المسلم إليه بعد هلاكها فإذا انفسخ العقد وجب عليه ردها وقد عجز بموتها فتجب عليه قيمتها كما لو تقابضا ثم تقايلا بعد هلاك أحدهما أو هلك أحدهما بعد الإقالة

وإنما اعتبر يوم القبض لأنه **سبب الضمان** كالغصب

وكذا المقايضة وهي بيع سلعة بسلعة في الوجهين هو الموت بعد التقايل والتقايل بعد الموت لأن كل واحد منهما مبيع من وجه وثمن من وجه ففي الباقي يعتبر المبيعة وفي الهلاك الثمنية بخلاف الشراء بالثمن فيهما أي إذا اشترى أمة بألف ثم تقايلا فماتت في يد المشتري بطلت الإقالة ولو تقايلا بعد موتها فالإقالة باطلة لأن المعقود عليه في البيع إنما هو الأمة ولا يبقى العقد بعد هلاكها فلا تصح الإقالة ابتداء ولا تبقى انتهاء لانعدام محلها كما في الهداية

وفي التنوير تقايلا البيع في عبد فأبق من يد المشتري فإن لم يقدر المشتري على تسليمه بطلت الإقالة والبيع بحاله

ولو ادعى أحد عاقدي السلم بيان الأجل أو ادعى اشتراط الرداءة وأنكر الآخر يعني لو قال أحدهما شرطنا التأجيل وقال الآخر لم نشترط شيئا أو قال أحدهما شرطنا طعاما رديا وقال الآخر لم نشترط فالقول لمدعيهما أي لمدعي الأجل والرداءة مطلقا سواء كان مدعيهما رب السلم أو المسلم إليه عند الإمام لأن المدعي يدعي الصحة فكان القول له وإن أنكر خصمه إذ الظاهر شاهد له لأن العقد الفاسد معصية والظاهر من حال المسلم التحرز عنه

وقالا للمنكر إن كان المنكر رب السلم في الصورة الأولى أي القول لرب السلم عندهما إذا ادعى المسلم إليه التأجيل لأنه ينكر حقا عليه وهو الأجل أو كان المنكر المسلم إليه في الصورة الثانية وهي الرداءة لأنه منكر والأصل أن من خرج كلامه تعنتا فالقول لصاحبه بالاتفاق وإن خرج خصومة بأن ينكر ما يضره مع اتفاقهما على عقد واحد فالقول لمدعي الصحة عنده وعندهما القول للمنكر سواء أنكر الصحة أو غيرها

وفي التنوير ولو اختلفا في مقداره فالقول للطالب مع يمينه وإن برهن قبل وإن برهنا قضى ببينة المطلوب واختلفا في مضيه فالقول للمطلوب لإنكاره توجه المطالبة وإن برهنا قضى ببينة المطلوب

والاستصناع

". (١)

" القاضي صدق القاضي ولا يمين عليه لأن المدعي أقر بكون الأخذ في حال قضائه فكأنه رضي بشهادة الظاهر هو أن القاضي لا يظلم في قضائه لكونه أمينا فيما فوض إليه ويقبل قوله بلا يمين لأنه لو لزمه اليمين يصير خصما وقضاء الخصم لا ينفذ فتعطل أمور الناس

وفي القهستاني وقبل وجوبا قول قاض عزل قضيت أنا بهذا العقار لزيد مثلا لفقد التهمة وهذا ظاهر الرواية

وعن محمد أنه رجع إلى أنه لم يقبل وبه أخذ أكثر المشايخ كما مر آنفا واستفيد من قوله قضيت أنا بهذا العقار لزيد أن المقضي أو المقضي عليه معلومان وإلا لا يقبل للتهمة لأن القضاء في زماننا غير معتمد كما في أكثر الكتب وعلى هذا لم يقبل كتاب القاضي إلى القاضي في شيء ما كما في الكرماني

ولو قال ذلك الشخص للقاضي فعلته قبل ولايتك أو بعد عزلك وادعى القاضي فعله في زمان ولايته فالقول له أي للقاضي أيضا هو الصحيح لأنه متى اعترف أنه كان قاضيا صحت إضافة الأخذ إلى حالة القضاء لأن حالة القضاء معهودة وهي منافية للضمان فصار القاضي بالإضافة إلى تلك الحالة منكرا للضمان فكان القول له كما لو قال طلقت أو أعتقت وأنا مجنون وجنونه كان معهودا

وقوله هو الصحيح احتراز عما قاله السرخسي إذا زعم المدعي أن القاضي فعل ذلك بعد العزل كان القول قول المدعي لأن هذا الفعل حادث فيضاف إلى أقرب أوقاته ومن ادعى تاريخا سابقا لا يصدق إلا بحجة لأن الأصل متى وقعت المنازعة في الإسناد يحكم الحال والقاطع أو الآخذ إن كانت دعواه كدعوى القاضي ضمن القاطع أو الآخذ هنا أي فيما قال المدعي فعلته قبل ولايتك أو بعد عزلك لا يضمن في الأول أي فيما اعترف للمدعي بكون ذلك حال ولايته أي إذا أقر القاطع أو الآخذ بما أقر به القاضي لم يضمن لأن قول القاضي حجة ودفعه صحيح فصار إقراره به كفعله معاينا ولو أقر واحد منهما في الفصل الثاني بما أقر به القاضي يضمن لأنه أقر بسبب الضمان وقول القاضي مقبول في دفع الضمان عن نفسه لا في إبطال سبب ضمان على غيره

". (٢)

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، المؤلف غير معروف ١٤٨/٣

(٢) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، المؤلف غير معروف ٢٥٥/٣

" بثوب معيب صدق المقر مع الحلف إن لم يثبت الخصم سلامته لما مر أن الغصب غير مختص بالسليم كالوديعة

ولو قال له علي ألف إلا أنه ينقص مائة صدق إن وصل وإلا لزم الألف لما مر أن الاستثناء يجوز متصلا لا منفصلا

ولو قال المقر أخذت منك ألفا وديعة فهلكت في يدي من غير تعد وقال المقر له بل أخذتها مني حال كونها غصبا ضمن المقر ما أقر بأخذه له لأنه أقر **بسبب الضمان** وهو الأخذ ثم إنه ادعى ما يوجب البراءة وهو الإذن بالأخذ والآخر ينكر فالقول قوله مع يمينه بخلاف ما إذا قال له المقر له بل أخذتها قرضا حيث يكون القول للمقر له لأنهما تصادقا على أن الأخذ حصل بإذنه وهذا لا يوجب الضمان على الآخذ إلا باعتبار عقد الضمان فالمالك يدعي عليه العقد وذلك ينكر فالقول قول المنكر

ولو قال المقر بدل أخذت أعطيتني لا يضمن المقر لأنه لم يقر بما يوجب الضمان بل أقر بالإعطاء وهو فعل المقر له فلا يكون مقرا على نفسه **بسبب الضمان** والمقر له يدعي عليه **سبب الضمان** وهو ينكر فالقول قوله

ولو قال غصبت هذا الشيء من زيد لا بل من عمرو فهو أي الشيء لزيد وعليه أي المقر قيمته لعمرو لأن قوله من زيد إقرار له ثم قوله لا رجوع عنه فلا يقبل وقوله بل لعمرو إقرار منه لعمرو وقد استهلكه بالإقرار لزيد فيجب عليه قيمته لعمرو

ولو قال له علي ألف لا بل ألفان يلزمه ألفان استحسانا

وفي القياس يلزمه ثلاثة آلاف وهو قول زفر ولو قال غصبته عبدا أسود لا بل أبيض لزمه عبد أبيض ولو قال غصبته ثوبا هرويا لا بل مرويا لزماه وكذا له علي كر حنطة لا بل كر شعير لزماه ولو قال لفلان علي ألف درهم لا بل لفلان لزمه المالان ولو قال له علي ألف لا بل خمسمائة لزمه الألف والأصل في ذلك أن لا بل متى تخللت بين المالين من جنسين لزماه وكذلك من جنس واحد إذا كان المقر له اثنين فإذا كان واحدا والجنس واحد لزم أكثر

المالين وتمامه في الاختيار فليراجع ".(١)

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، المؤلف غير معروف ٣/٤١١

وفي التنوير ولو قال الدين الذي لي على فلان لفلان أو الوديعة التي عند فلان هي لفلان فهو إقرار له وحق القبض للمقر ولكن لو سلم إلى المقر له برئ

ولو قال لآخر هذا الشيء كان لي وديعة عندك فأخذته وقال الآخر هو لي دفع إليه أي إلى الآخر لأن المقر أقر باليد له ثم بالأخذ منه وهو سبب الضمان ثم ادعى استحقاقه عليه فلا تقبل دعواه فوجب عليه رد عينه قائما وقيمته هالكا ثم يقيم البينة على صدق دعواه إن قدر

وإن قال آجرت فرسي أو ثوبي هذا فلانا فركبه أي الفرس أو لبسه أي الثوب ورده أي رد الفرس أو الثوب علي وقال فلان بل هما لي أو أعرته أو أسكنته داري ثم ردها أي الدار علي صدق يعني القول قول المقر في ذلك عند الإمام استحسانا لأن اليد في الإجارة والإعارة تثبت ضرورة استيفاء المنافع فيكون اليد عدما فيما عدا الضرورة فالإقرار له باليد لا يكون مطلقا بخلاف الوديعة والقرض لأن اليد فيهما مقصودة فيكون الإقرار بهما إقرارا لهما باليد وعندهما وعند الأئمة الثلاثة القول مع يمينه للمأخوذ منه وهو القياس لأن المقر اعترف بيد المقر له ثم ادعى عليه الاستحقاق فيقبل إقراره له دون دعواه عليه فيجب عليه الرد ثم يقيم على صدق دعواه بينة إن قدر

ولو قال لآخر خاط ثوبي هذا بكذا ثم قبضته منه وادعاه الآخر أي قال الثوب ثوبي فعلى هذا الخلاف أي يصدق القابض عند الإمام لا عندهما في الصحيح احتراز عن قول بعضهم إن القول قول المقر بالإجماع

وفي الأسرار الاختلاف إذا لم تكن الدابة أو الثياب معروفة للمقر ولو كانت معروفة كان القول قوله وفاقا

ولو قال له اقتضيت أي قبضت من فلان ألفا كانت لي عليه أو أقرضته ألفا ثم أخذتها منه وأنكر فلان فالقول له فله أن يأخذها منه وهذا أظهر لأن القابض قد أقر بأنه ملكه وأنه أخذه منه اقتضاء بحقه وهو مضمون عليه إذ الديون تقضى بأمثالها فإذا أقر بالاقتضاء فقد أقر

". (١)

" بسبب الضمان ثم ادعى عليه ما يبرئه من الضمان وهو تملكه عليه بما يدعيه من الدين مقاصة والآخر ينكره فالقول للمنكر

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، المؤلف غير معروف ٤١٢/٣

ولو قال زرع فلان هذا الزرع أو بنى هذه الدار أو غرس هذا الكرم لي استعنت به أي بفلان فيه أي في الزرع أو البناء أو الغرس وذلك كله في يد المقر وادعى فلان ذلك أي قال الملك ملكي وفعلت ذلك لنفسي لا بالإعانة لك ولا بأجر منك كما زعمت فالقول للمقر لأنه ما أقر له باليد إنما أقر بمجرد فعل منه وقد يكون ذلك في ملك في يد المقر وصار كما قال خاط لي الخياط قميصي هذا بنصف درهم ولم يقل قبضته منه لم يكن إقرارا باليد ويكون القول للمقر لما أنه أقر بفعل منه وقد يخيط ثوبا في يد المقر كذا هذا ولو قال إن هذا اللبن أو هذا السمن أو هذا الجبن من بقرة فلان أو هذا الصوف من غنمه أو هذا التمر من نخلته وادعى فلان أنه له أمر بالدفع إليه لأن الإقرار بملك الشيء إقرار بما يتولد منه لأنه يملك بملك الأصل كما في التبيين

." (١)

" فكان أحق به وبخلاف ما إذا باع العبد من سيده فسلم إليه المبيع قبل قبض الثمن حيث لا يسقط الثمن كما في التبيين وعن أبي يوسف أن للمولى أن يسترد المبيع إن كان قائما في يد العبد ويحبسه حتى يستوفي الثمن وله أي للمولى أن لا يسلمه أي المبيع حتى يأخذ ثمنه لأن البيع لا يزيل ملك اليد ما لم يصل إليه الثمن فيبقى للمولى على ما كان عليه حتى يستوفي الثمن ولذا يكون أخص من سائر الغرماء ويضمن السيد للغرماء بإعتاقه العبد المأذون حال كونه مديونا الأقل من قيمته أي العبد ومن الدين أي إن كانت قيمة المأذون أقل من الدين ضمن سيده للغرماء القيمة لتعلق حقهم برقبته وإن كان الدين أقل من القيمة ضمن الدين لأن حق الغرماء ليس إلا فيه وقد وصلوا إليه وصار هذا كما لو أعتق الراهن المرهون وما زاد من دينه على قيمته طولب به معتقا أي للغرماء أن يطالبوه بعد عتقه لأن الدين مستقر في ذمته لوجوب سببه وال‌مولى لم يتلف إلا قدر القيمة فبقي الباقي عليه كما كان فيرجع به عليه وعند مالك والشافعي يؤخذ من كسبه وإلا طولب بعد عتقه قيل الغرماء بالخيار إن شاءوا اتبعوا المعتق بالدين وإن شاءوا اتبعوا المولى بالأقل من قيمته ومن الدين

وإن باعه المولى وهو أي العبد المأذون مديون مستغرق برقبته وغيبه مشتريه أي جعله المشتري بعد قبضه غائبا فللغرماء إجازة بيعه وأخذ ثمنه أي إن شاء الغرماء أجازوا البيع وأخذوا ثمن العبد وحينئذ لا

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، المؤلف غير معروف ٤١٣/٣

يضمنون أحدا القيمة لأن الحق لهم والإجازة اللاحقة كالإذن السابق أو تضمين أي شاءوا من السيد أو المشتري قيمته أي قيمة العبد لأنه متعد ببيعه وتسليمه إلى المشتري وإنما قيد بقوله وغيبه لأن الغرماء إذا قدروا على العبد كان لهم أن يبطلوا البيع إلا أن يقضي المولى ديونهم فإن ضمنوا السيد أي إن اختاروا تضمين قيمته إياه ثم رد عليه أي رد المشتري العبد على البائع بقضاء بعيب أي بسبب عيب بعدما ضمنه الغرماء قيمته رجع المولى عليهم أي على الغرماء بالقيمة وعاد حقهم أي الغرماء في العبد لأن سبب الضمان قد زال وهو البيع والتسليم هذا إذا رده عليه

(١) ".

" بينة الغاصب ولو أقام المالك البينة أن الغاصب غصب يوم النحر بالكوفة وأقام الغاصب البينة أنه كان يوم النحر بمكة هو أو العبد فالضمان واجب على الغاصب ولو شهد أحدهما أنه غصب هذا العبد منه وشهد آخر على إقراره بالغصب لم تقبل

ومن غصب عبدا فباعه أي الغاصب المغصوب فضمنه المالك قيمته نفذ بيعه أي بيع الغاصب

وإن أعتقه فضمنه بعده لا ينفذ عتقه والفرق أن ملك الغاصب ناقص لأنه ثبت مستندا كما مر وهو يكفي لنفاذ البيع دون العتق ألا ترى أن البيع ينفذ من المكاتب بل من المأذون دون عتقه

وزوائد المغصوب غير مضمونة ما لم يتعد الغاصب فيها أي في الزوائد أو يمنعها بعد طلب المالك إياها أي الزوائد سواء كانت متصلة كالحسن والسمن أو منفصلة كالولد والثمرة لأنها أمانة وحكمها هذا

وقال الشافعي عليه الضمان مطلقا لوجود حد الغصب لما مر هو إثبات اليد المبطلة فحسب عنده ولنا أن سبب الضمان إخراج العين من أن تكون منتفعا بها في حق المالك ولم يوجد إلا إذا وجد ما يفوت حقه كالتعدي والمنع بعد الطلب فحينئذ يتحقق حد الغصب لأنه صار مزيلا على المالك يد التصرف والانتفاع ويستثنى منه منافع غصب الوقف فإنها تضمن وعليه الفتوى كما في القهستاني نقلا عن العمادي

وإن نقصت الجارية بالولادة في يد الغاصب أي إذا ولدت الجارية المغصوبة التي حبلت عند الغاصب ولدا ونقصت بالولادة ضمن الغاصب نقصانها أي الجارية

و لكن يجبر النقصان بقيمة الولد قال زفر والشافعي لا يجبر النقصان بالولد لأنه ملكه فكيف يجبر ملكه بملكه كما لو جز صوف شاة الغير ونبت آخر فلا يفيد اتحاد سبب الزيادة والنقصان فيلزم عليه

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، المؤلف غير معروف ٧٢/٤

الضمان ولنا أن سبب النقصان والزيادة واحد وهو الولادة لأنها أوجبت فوات جزء من مالية الأم وحدوث مالية الولد فإذا صار مالا انعدم ظهور النقصان به فانتفى الضمان أو يجبر بالغرة لأنها كالولد لكونها قائمة مقامه لوجوبها بدلا عنه إن وقت قيد لقيمة الولد والغرة

" (١).

"كذلك هنا ولو باعه الراهن من رجل ثم باعه بيعا ثانيا من غيره قبل أن يجيزه المرتهن فالثاني موقوف أيضا على إجازته لأن الأول لم ينفذ والموقوف لا يمنع توقف الثاني فلو أجاز المرتهن البيع الثاني جاز الثاني ولو باع الراهن ثم أجر أو رهن أو وهب من غيره وأجاز المرتهن هذه العقود جاز البيع الأول والفرق هو أن المرتهن ذو حظ من البيع الثاني لأنه يتعلق حقه ببدله فيصح تعيينه لتعلق فائدته به إذ لا حق له في هذه العقود لأنه لا بدل في الهبة والرهن والذي في الإجارة بدل المنفعة لا بدل العين وحقه في مالية العين لا في المنفعة فكانت إجازته إسقاطا لحقه فزال المانع فنفذ البيع الأول فوضح الفرق كما في الهداية

وصح عتق الراهن موسرا كان أو معسرا الرهن أي العبد الرهن بلا إذن المرتهن

و كذا يصح تدبيره واستيلاده عندنا لأنه تصرف صدر عن الأهل ووقع في المحل فخرجوا من الرهينة لبطلان المحلية فلا يجوز استيفاء الدين منهم وإنما لا ينفذ ببيعه للعجز عن التسليم والبيع مفتقر إلى القدرة على التسليم بخلاف الإعتاق ولهذا ينفذ إعتاق الآبق دون بيعه فإن كان الراهن موسرا طولب بدينه إن كان حالا لأنه لو طولب بأداء القيمة تقع المقاصة بقدر الدين فلا فائدة فيه وأخذت قيمة الرهن أي أخذ المرتهن من الراهن قيمة العبد فجعلت أي القيمة رهنا مكانه لو كان الدين مؤجلا حتى يحل الدين لأن **السبب الضمان** متحقق وفي التضمين فائدة وهو أن يكون الكل رهنا فإذا حل الدين اقتضاه بحقه إذا كان من جنس حقه ورد الفضل كما في الهداية

وإن كان الراهن معسرا سعى العبد المعتق في الأقل من قيمته ومن الدين

أي إن كانت القيمة أقل سعى العبد في القيمة وإن كان الدين أقل من القيمة سعى في الدين وإنما يسعى لأنه لا يتمكن المرتهن من استيفاء حقه من الراهن الفقير فيأخذ من المنتفع بالعتق وهو العبد بمقدار ماليته إذ ليس عليه أن يسعى فيما زاد على مقدارها ورجع العبد به أي بما سعى على سيده إذا أيسر لأنه

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، المؤلف غير معروف ٩٢/٤

قضاه بإلزام الشرع ومن قضى دين غيره وهو مضطر فيه يرجع عليه بخلاف المستسعى في إعتاق أحد الشريكين لأنه يؤدي ضمانا عليه لأنه إنما يسعى لتحصيل العتق عنده ولتكميله عندهما

وقال الشافعي إنه ينفذ إن كان موسرا لإمكانه تضمينه ولا ينفذ إن كان معسرا

و سعي المدبر وأم الولد في التدبير والاستيلاد

". (١)

" المرتهن فالقول للمستعير مع يمينه لأنه ينكر الإيفاء بدعواه الهلاك في هاتين الحالتين فإن قيل قد صار مضمونا عليه بالرهن وهو يدعي سقوط الضمان بالافتكاك فلا يقبل قوله في ذلك إلا بحجة كالغاصب يدعي رد المغصوب قلنا الرهن وإن كان إثبات يد الاستيفاء ولكن حقيقة الإيفاء بالهلاك فإذا أنكر الهلاك في يد المرتهن فقد الإيفاء حقيقة والضمان ينشأ منه وكان منكرا للضمان

ولو اختلفا في قدر ما أمره بالرهن به فللمعير أي فالقول للمعير لأن الإذن يستفاد من جهته ولو أنكر أصله كان القول له فكذا إذا أنكر وصفه

وجناية الراهن على الرهن مضمونة لأنه تعلق به حق المرتهن وتعلق حق الغير بالمال يجعل المالك كالأجنبي في حق الضمان ألا ترى أن تعلق حق الورثة بمال المريض يمنع نفوذ تصرفه فيما زاد على الثلث وكذا الورثة إذا أتلفوا العبد الموصى بخدمته ضمنوا قيمته ليشترى به عبد يقوم مقامه

وكذا جناية المرتهن عليه مضمونة فيسقط من دينه بقدرها أي بقدر الجناية لأن عين الرهن ملك المالك وقد تعدى عليه المرتهن وهو **سبب الضمان** فيصير مستوفيا من دينه بقدر الجناية أما إذا كان قدر الجناية أكثر من الدين يضمن الراهن المرتهن ما زاد على الدين لأن الكل صار مضمونا عليه بالاستهلاك

وجناية الرهن عليهما أي على الراهن والمرتهن إذا كانت موجبة للمال بأن كانت خطأ في النفس أو فيما دونها وأما ما يوجب القصاص فهو معتبر بالإجماع كما في أكثر المعتبرات فعلى هذا لو قيده لكان أولى تدبر وعلى ما لهما هدر أي باطل عند الإمام خلافا لهما في المرتهن فإن عندهما جناية الرهن على المرتهن معتبرة وهو مذهب الأئمة

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، المؤلف غير معروف ٤/٢٩٥

". (١)

" أو رجلها حصاة أو نواة أو أثارت غبارا أو حجرا صغيرا ففقأ أي كل واحد مما ذكر عينا فذهب ضوءها أو أفسد ثوبا لا يضمن لأنه لا يمكنه التحرز عنه فإن سير الدابة لا يعري عنه وإن كان حجرا كبيرا ضمن لأنه مما يستطاع الامتناع عنه فسير الدواب ينفك عنه وإنما يكون لخرق منه في السير ويضمن القائد ما يضمنه الراكب وكذا السائق في الأصح لأن الدابة في أيديهم وهم يسيرونها ويصرفونها كيف شاءوا وهو مختار أكثر المشايخ وقيل قائله القدوري يضمن أي السائق النفحة أيضا ولا يضمنها الراكب والقائد قال البرجندي وذكر القدوري في مختصره أن السائق ضامن لما أصابت بيدها أو رجلها والقائد ضامن لما أصابت بيدها دون رجلها يعني النفحة لأن السائق يرى النفحة فيمكنه التحرز عنها والقاعد لا يراها ولا يخفى أن هذا الفرق غير مؤثر في تمكن الاحتراز ولا كفارة عليهما أي على السائق والقائد ولا حرمان إرث أو وصية لأنهما يختصان بالمباشرة وليسا من أحكام التسبيب ولا يخفى أنه لو أتى بالواو دون أو لكان أنسب ولعله أتى بأو بناء على عدم جواز الوصية للوارث بخلاف الراكب فيما أوطأته الدابة بيدها أو برجلها فإن عليه الكفارة وحرمان الإرث والوصية وذلك لتحقق المباشرة منه فإن التلف بثقله وثقل الدابة تبع له فإن سير الدابة مضاف إليه وهي آلة له وهما سببان لأنه لا يتصل منهما إلى المحل شيء

وإن اجتمع الراكب والقائد أو الراكب والسائق فالضمان عليهما أي عند البعض لأن كل ذلك سبب للضمان وقيل على الراكب

". (٢)

" ساق دابة فوقع سرجها أو غيره من أدواتها كاللجام ونحوه وما يحمل عليها على إنسان فمات ضمن السائق لأنه متعد في هذا التسبب لأن الوقوع بتقصير منه وهو ترك الشد والأحكام فيه بخلاف الرداء لأنه لا يشد في العادة ولا يقيد بشرط السلامة ولأنه قاصد لحفظ هذه الأشياء كما في المحمول على عاتقه دون اللباس فيقيد بشرط السلامة

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، المؤلف غير معروف ٣٠٠/٤

(٢) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، المؤلف غير معروف ٣٧٤/٤

وكذا يضمن قائد قطار وطئ بعير منه أي من ذلك القطار إنسانا وضمان النفس على عاقلته و ضمان المال في ماله لأن القائد عليه حفظ القطار كالسائق وقد أمكنه التحرز عنه فصار متعديا بالتقصير في الحفظ والتسبيب بوصف التعدي **سبب الضمان**

وإن كان مع القائد سائق فالضمان عليهما لأن قائد الواحد قائد الكل وكذا سائقه لاتصال الأزمة وهذا إذا كان السائق في جانب الإبل أما إذا توسطها وأخذ بزمام واحد يضمن ما عطب بما هو خلفه ويضمنان ما تلف بما بين يديه لأن القائد لا يقود ما خلف السائق لانفصام الزمام والسائق يسوق ما يكون قدامه ولو كان رجل راكبا على بعير وسط القطار ولا يسوق منها شيئا لم يضمن ما أصابت الإبل التي بين يديه لأنه ليس بسائق لها وكذا ما أصابت الإبل التي خلفه لأنه ليس بقائد لها إلا إذا كان أخذ بزمام ما خلفه أما البعير الذي هو راكبه فهو ضامن لما أصابه فيجب عليه وعلى القائد غير ما أصابه بالإيطاء فإن ذلك ضمانه على الراكب وحده لأنه جعل فيه مباشرا حتى جرى عليه أحكام المباشرين كما في التبيين

فإن ربط بعير على قطار بغير علم قائده فعطب به أي بالبعير المربوط إنسان ضمن عاقلة القائد الدية لأنه قائد للكل فيكون قائدا لذلك والقود سبب قريب لوجوب الضمان فلا يسقط الضمان المحقق بجهله ورجعوا أي عاقلة القائد بها أي بهذه الدية على عاقلة الرابط قال صدر الشريعة في شرح الوقاية أقول ينبغي أن يكون في مال الرابط لأن الرابط

". (١)

" في جنايتها أي الجناية لولي الجناية والفرق أن الدين وصف حكمي فيها واجب في ذمتها متعلق برقبتها فيسري إلى الولد كولد المرهونة بخلاف الجناية لأن وجوب الدفع في ذمة الولي لا في ذمتها فلا يسري إلى الولد ثم اعلم أن شرط السراية إلى الولد أن تكون الولادة بعد لحوق الدين أما إذا ولدت ثم لحقها الدين لا يتعلق حق الغرماء بالولد بخلاف الأكساب حيث يتعلق الغرماء بها سواء كسبت قبل الدين أو بعده

ولو أقر رجل أن زيدا حرر عبده فقتل ذلك العبد فاعل قتل ولي المقر خطأ فلا شيء له أي للمقر يعني أنه إذا كان لرجل عبد زعم رجل آخر أن مولى ذلك العبد أعتقه ثم إن هذا العبد قتل وليا لهذا الزاعم

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، المؤلف غير معروف ٣٧٦/٤

خطأ فلا شيء له لأنه متى زعم أن مولاه أعتقه فقد ادعى ديته على عاقلته وإبراء العبد والمولى فلزمه ما أقر به ولم يصدق على العاقلة بلا حجة

وإن قال معتق على صيغة المفعول قتلت أخا زيد قتلا خطأ قبل عتقي وقال زيد بل بعده فالقول للمعتق لأنه منكر للضمان لأنه أسنده إلى حالة منافية للضمان وهذا لأن الوجوب في جناية العبد على المولى دفعا أو فداء فلا يتصور وجوب الضمان في قتل الخطأ على العبد في حال رقه بحال

وإن قال المولى لأمة أعتقها أي أمة نفسه قطعت على صيغة المتكلم يدك قبل العتق وقالت الأمة لا بل بعده فالقول لها أي للأمة لأنه أقر **بسبب الضمان** ثم ادعى ما يبرئه وهي تنكر فالقول للمنكر

وكذا القول في كل ما نال منها أي أخذ المولى من الأمة إلا الجماع والغلة بأن قال وطئتك وأنت أمتي وقالت لا بل بعد العتق فيكون القول قوله وكذا إذا أخذ من غلتها أي أكسابها لا يجب عليه الضمان وإن كانت مديونة وهذا عندهما وعند محمد لا يضمن المولى إلا شيئا قائما بعينه يؤمر المولى برده إليها أي على الأمة لأنه منكر وجوب الضمان لإسناده الفعل إلى حالة معهودة منافية له كما في المسألة الأولى وكما في الوطء والغلة وفي الشيء القائم أقر بيدها حيث اعترف بالأخذ

". (١)

" منها ثم ادعى التملك عليها وهي منكرة والقول قول المنكر فلهذا يؤمر بالرد إليها ولهما أنه أقر **بسبب الضمان** ثم ادعى ما يبرئه فلا يكون القول قوله كما إذا قال لغيره فقأت عينك اليمنى وعيني اليمنى صحيحة ثم فقئت وقال المقر له لا بل فقأتها وعينك اليمنى ذاهبة ولي عليك الأرش فالقول للمفقوء عينه وعلى الفاقئ الأرش لأن القضاء حصل مضمونا بتصادقهما إلا أن الفاقئ يدعي البراءة وخصمه منكر فكان القول قوله

ولو أمر عبد محجور أو صبي صبيا بقتل رجل فقتله فالدية على عاقلة القاتل لأنه هو القاتل حقيقة وعمده وخطؤه سواء ولا شيء على الآمر سواء كان عبدا محجورا أو صبيا لأنهما لا يؤاخذان بأقوالهما لعدم اعتبارها شرعا ورجعوا أي العاقلة على العبد بعد عتقه لأن عدم اعتبار قول العبد إنما هو لحق المولى وقد زال حق المولى بالإعتاق لا على الصبي الأمر أي لا ترجع العاقلة على الصبي الآمر لنقصان الأهلية

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، المؤلف غير معروف ٣٨٦/٤

وفي التبيين لا ترجع العاقلة على العبد أيضا لأن هذا ضمان جناية وهو على المولى لا على العبد وقد تعذر إيجابه على المولى لمكان الحجر وهذا أوفق للقواعد ألا ترى أن العبد إذا أقر بعد العتق بالقتل قبله لا يجب عليه شيء لكونه أسنده إلى حالة منافية للضمان ولهذا لو حفر العبد بئرا فأعتقه مولاه ثم وقع فيه إنسان فهلك لا يجب على العبد شيء وإنما تجب على المولى قيمته لأن جنايته لا توجب عليه شيئا وإنما توجب على المولى فتجب عليه قيمة واحدة ولو مات فيها ألف فيقتسمونها بالحصص

ولو كان مأمور العبد مثله بأن أمر العبد المحجور عبدا محجورا مثله بقتل رجل دفع السيد العبد القاتل أو فداء إن كان القتل خطأ أو كان القتل عمدا أو العبد المأمور صغيرا لأن عمد الصغير كالخطأ ولا يرجع السيد على الآمر في الحال لأن الأمر قول وقول المحجور غير معتبر فلا يؤاخذ به في الحال بل ويجب أن يرجع السيد عليه أي على العبد بعد عتقه لزوال المانع وهو حق المولى بالأقل من قيمته ومن الفداء لأن القيمة إن كانت أقل من الفداء فالمولى غير مضطر إلى إعطاء الزيادة على القيمة بل يدفع العبد قال صدر الشريعة أقول ينبغي أن لا يرجع بشيء لأن الأمر لم يصح والأمر لم يوقعه في هذه الورطة لكمال عقل المأمور بخلاف ما إذا كان المأمور صبيا انتهى

وإن كان القتل عمدا والمأمور عبدا كبيرا اقتص لأنه من أهل العقوبة

وفي النهاية هذا الذي ذكر من الحكم لا يقتضي أن يكون الآمر والمأمور محجورا عليهما لا محالة

بل

." (١)

"الأرض فكبرت كانت الشجرة للغارس وعليه قيمة التالة يوم قلع التالة ويؤمر الغاصب بقلع الشجرة فإن كان القلع يضر بالأرض كان لصاحب الأرض أن يعطيه قيمة الشجرة المقلوعة، رجل قطع أشجار كرم لإنسان كان عليه قيمتها، وطريق معرفة القيمة أن يقوم الكرم مع الأشجار القائمة ويقوم مقلوع الأشجار فما بينهما يكون قيمة الأشجار فإذا عرفت قيمة الأشجار بعد ذلك يخير صاحب الكرم إن شاء دفع الأشجار المقلوعة إلى الغارس وضمنه تلك القيمة وإن شاء أمسك المقلوعة ويرفع من قيمة الأشجار قيمة الأشجار المقلوعة ويضمنه الباقي، رجل قطع شجرة في دار رجل بغير أمره يخير صاحب الدار إن شاء ترك الشجرة على القاطع وضمنه قيمة الشجرة قائمة لأنه أتلف عليه شجرة قائمة، وطريق معرفة تلك القيمة أن تقوم الدار

---

(١) مجمع الأنهر في شرح ملتقى الأبحر، المؤلف غير معروف ٣٨٧/٤

مع الشجرة وتقوم بغير شجرة فيضمنه فضل ما بينهما، وإن أمسك الشجرة وضمنه قيمة النقصان كان له ذلك لأنه أتلف عليه القائم، وطريق معرفة ذلك أنه إذا ظهرت قيمة الشجرة القائمة بالطريق الذي قلنا فيما تقدم فبعد ذلك ينظر إلى تلك القيمة وإلى قيمة الشجرة المقطوعة ففضل ما بينهما قيمة نقصان القطع، فإن كانت قيمة المقطوعة وقيمة غير المقطوعة سواء فلا شيء على القاطع لأنه لم يتلف شيئا، رجل له شجرة الجوز أخرجت الشجرة جوزا صغارا رطبة فأتلف إنسان تلك الجوزات كان عليه نقصان الشجرة لأن تلك الجوزات وإن لم تكن لها قيمة وليست بمال حتى لا تضمن بالإتلاف إذا لم تكن على الشجرة فبإتلافها وقطعها تنقص قيمة الشجرة فينظر إلى إن الشجرة بدون تلك الجوزات بماذا تشترى ومع تلك الجوزات بماذا تشترى فيضمن فضل ما بينهما، وكذلك رجل كسر غصنا من أغصان الشجرة القائمة تقوم الشجرة مع الغصن وتقوم بدون الغصن فيضمن فضل ما بينهما، رجل استأجر فأسا ودفع إلى أجير له ليعمل به فذهب به الأجير قال بعضهم يضمن المستأجر قيمة الفأس وقال بعضهم ينظر إن استأجر الأجير أولا لا يضمن، قال مولانا رحمه الله تعالى وينبغي أن لا يضمن على كل حال لأن المستأجر يملك الإجارة فيملك الإعارة والإيداع، رجل غصب دابة فهلكت وأقام صاحبها البينة أنها هلكت عند الغاصب من ركوبه وأقام الغاصب بينة أنه ردها وماتت عند صاحبها كانت بينة صاحبها أولى ويقضى على الغاصب بالقيمة، وكذا لو شهد شهود صاحبها أن الغاصب قتلها أو كان المغصوب دارا فأقام البينة أن الغاصب هدم الدار وأقام الغاصب بينة أنه ردها على صاحبها كانت بينة صاحبها أولى لأن القتل وهدم الدار يتصور بعد الرد فيجعل كأن الغاصب ردها ثم هدم الدار وقتل الدابة فكانت بينة صاحبها أولى لأنها (١) تثبت سببا حادثا للضمان، ولو أقام صاحبها البينة أنها ماتت عند الغاصب وأقام الغاصب بينة أنه ردها فماتت عند صاحبها قال أبو يوسف رحمه الله تعالى بينة صاحبها أولى لما قلنا، وقال محمد رحمه الله تعالى يقضى ببينة الغاصب لأنها قامت على الإثبات وهو إثبات فعل الرد وليس في بينة صاحبها إثبات فعل على الغاصب ولا إثبات سبب الضمان بعد الغصب بخلاف الأول، رجل غصب حنطة وطحنها فإن الدقيق يكون للغاصب وعليه حنطة لصاحبها ثم في القياس للغاصب أن يأكل هذا الدقيق وهو قول زفر رحمه الله تعالى وفي الاستحسان وهو قولنا ليس له أن ينتفع بالدقيق ما لم يؤد الضمان بالتراضي أو بقضاء القاضي أو يقضي القاضي عليه بالضمان لأن أجزاء الحنطة تفرقت بالطحن ولم تتبدل فلا يحل له أن يأكل وينتفع به ما لم يتحول المغصوب إلى الغاصب بالضمان وذلك باستيفاء الضمان أو بقضاء القاضي بالضمان، وقيل هذا قول محمد رحمه

---

(١) ٣\٢٥٥

الله تعالى أما عند أبي حنيفة رحمه الله تعالى يحل له أن يأكل الدقيق وينتفع به لأن ملك المغصوب منه قد تبدل، وكذا إذا غصب لحما وطبخه، وعن هذا قالوا إذا غصب طعاما فمضغه وأكله حل له ذلك في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى لأنه صار مستهلكا بالمضغ فعند أبي حنيفة رحمه الله تعالى شرط الطيب ثبوت الملك بالبدل، وعند صاحبيه رحمهما الله تعالى أداء البدل وقولهما أقرب إلى الاحتياط، وذكر في الأصل إذا غصب حنطة فزرعها أو نوى فغرسه أو تالة فأنبتها أو غصب غزلا فنسجه لا يحل للغاصب أن ينتفع بها قبل أداء الضمان أو يقضي القاضي بالضمان، وعن أبي يوسف رحمه الله تعالى في التالة إذا أنبتها الغاصب لا يحل له أن ينتفع بها قبل أداء الضمان وفيما سوى ذلك يحل، رجل غصب جارية فزنت عنده ثم ردها على المالك فولدت عند المالك وماتت في نفاسها ومات الولد أيضا كان على الغاصب قيمتها في قول أبي حنيفة رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى ليس عليه إلا نقصان الحبل، كما لو غصب جارية صحيحة فحمت عنده فردها محمومة وماتت عند المالك من ذلك فإنه لا يضمن إلا نقصان الحمى في قول أبي حنيفة وأبي يوسف رحمهما الله تعالى، ولو غصب جارية فحمت عنده أو ابيضت عينها أو حبلت فردها وأدى معها أرش العين ونقصان الحمى ثم ذهب بياض عينها أو ولدت وسلمت." (١)

"رجل له على رجل دين فبلغه أن المديون قد مات فقال جعلته في حل أو قال وهبته منه ثم ظهر أنه حي ليس للطالب أن يأخذ منه لأنه وهبه منه بغير شرط، رجل غصب عبدا أو ثوبا أو دابة أو دراهم وهي قائمة فأبرأه منها برئ الغاصب عن ضمان الغصب ويصير المغصوب أمانة في يده، وكذا لو قال المغصوب منه حللته من الغصب برئ الغاصب عن الضمان، وإن كان المغصوب مستهلكا برئ الغاصب عن ضمان القيمة لأنه أبرأه عن الدين والدين يقبل الإبراء، فأما إذا كان المغصوب قائما كان التحليل إبراء له عن **سبب الضمان** فتصير العين أمانة في يده عندنا وعلى قول زفر رحمه الله تعالى لا يبرأ عن ضمان الغصب، رجل خاصم رجلا في دار ثم قال للمدعى عليه قد أبرأتك عن هذه الدار أو عن خصومتي في هذه الدار أو عن دعواي في هذه الدار ذكر الناطفي رحمه الله تعالى أن جميع ذلك باطل وله أن يخاصمه فيقيم البينة فيأخذه، ولو قال قد برئت من هذه الدار أو قال برئت من دعواي في هذه الدار صح ذلك ولا حق له فيها ولو أقام البينة لا تقبل، ولو قال أنا بريء من هذا العبد أو قال خرجت من هذا العبد ليس له أن يدعي بعد ذلك لأنه أخبر عن البراءة فيثبت البراءة، أما في الوجه الأول صرح بالإبراء عن العين أو عن الدعوى

---

(١) قاضي إمام فخر الدين خان، المؤلف غير معروف ١٣٦/٣

والخصومة وذلك باطل، رجل قال لآخر حللني من كل حق لك علي ففعل وأبرأه فإن كان صاحب الحق عالما بما عليه برئ [1] المديون حكما وديانة وإن لم يكن عالما يبرأ في الحكم ولا يبرأ ديانة في قول محمد رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى يبرأ وعليه الفتوى لأن الإبراء إسقاط والجهالة لا تمنع صحة الإسقاط فإن المشتري إذا أبرأ البائع عن العيوب صح إبراؤه عند الكل وإن كان لا يعلم بالعيوب، وذكر في النوازل رجل له على رجل دين وهو لا يعلم بجميع ذلك فقال له المديون أبرئني مما لك علي فقال صاحب الدين أبرأتك قال نصير رحمه الله تعالى لا يبرأ إلا عن مقدار ما يتوهم أنه له عليه، وقال محمد بن سلمة رحمه الله تعالى يبرأ عن الكل، وقال الفقيه أبو الليث رحمه الله تعالى حكم القضاء ما قال محمد بن سلمة رحمه الله تعالى وحكم الآخرة ما قال نصير رحمه الله تعالى لأن القضاء بناء على الظاهر وظاهر اللفظ عام وحكم الآخرة بناء على الرضا فلا يبرأ عما لا يتوهم أنه له عليه، رجل قال أبرأت جميع غرمائي ولم يسمهم بلسانه ولم يتوهم واحدا منهم بقلبه قال أبو القاسم رحمه الله تعالى روى ابن مقاتل عن علمائنا رحمهم الله تعالى أنهم لا يبرؤن لأن الإبراء إيجاب الحق للغرماء ولا يجوز إيجاب الحقوق إلا لقوم بأعيانهم، ولو قال كل غريم لي فهو في حل قال ابن مقاتل رحمه الله تعالى لا يبرأ غرماؤه في قول علمائنا رحمهم الله تعالى، وكذا لو قال ليس لي بالري شيء ثم جاء في الغد وادعى أن هذه الدار له منذ عشرين سنة وهو بالري كان له ذلك في قول علمائنا رحمهم الله تعالى، قال ابن مقاتل وأما عندي في المسألتين جميعا يبرأ غرماؤه ولا يسمع دعواه، ولو قال أبرأت جميع غرمائي لم يكن ذلك براءة إذا لم ينص على أقوام معينين، ولو قال قبيلة فلان فإن كانوا لا يحصون فهو مثل ذلك وإن كانوا يحصون فالبراءة جائزة وكذلك الإقرار، رجل له على الناس ديون وهم غيب عنه فقال من كان لي عليه شيء فهو في حل ذكر الناطفي رحمه الله تعالى فيه خلافا قال محمد رحمه الله تعالى له أن يأخذهم بما له عليهم، وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى هو جائز وهم في حل إذا كان عليهم دين أما إذا كان ثوب قائم في يد رجل أو عبد قائم في يده فله أن يأخذه منه ولا يكون الذي في يده في حل منه، ولو كان له على آخر حق فأبرأه على أنه بالخيار صح الإبراء وبطل الخيار لأن الإبراء في كونه تمليكا دون الهبة، ولو وهب عينا على أنه بالخيار صحت الهبة وبطل الخيار فالإبراء أولى، رجل قال لآخر جعلتك في حل في الدنيا أو قال جعلتك في حل في ساعة قالوا يصير في حل في الدارين وفي الساعات، ولو قال لا أخاصمك أو قال لا أطلبك مالي قبلك فهذا ليس بشيء وحقه على حاله، رجل قال إذا تناول فلان من مالي فهو له حلال فتناول فلان من غير أن

---

(١) ٣\٢٦٠

يعلم بإباحته قال نصير رحمه الله تعالى يجوز ذلك ولا ضمان عليه، وإن قال كل إنسان تناول من مالي فهو له حلا قال محمد بن سلمة رحمه الله تعالى لا يجوز ومن تناول ضمن وقال أبو نصر محمد بن سلام رحمه الله تعالى (١) هو جائز فأبو نصر رحمه الله تعالى جعل هذا إباحة والإباحة للمجهول جائزة ومحمد بن سلمة رحمه الله تعالى جعله إبراء عما تناول والإبراء للمجهول باطل والفتوى على قول أبي نصر رحمه الله تعالى، ولو قال لآخر جميع ما تأكل من مالي فقد جعلتك في حل فهو حلال له في قولهم ولو قال جميع ما تأكل من مالي فقد أبرأتك ذكر عن بعضهم أنه لا يصح هذا الإبراء، والصحيح أنه يبرأ أما على قول أبي نصر رحمه الله تعالى فلأن هذه إباحة وإباحة المجهول جائزة وأما على قول محمد بن سلمة رحمه الله تعالى فلأن." (٢)

"له صاحب الحنطة كلها كانت هبة له، رجل قال لآخر هب لي هذا الشيء مزاحا فقال وهبت وسلم قال أبو نصر رحمه الله تعالى يجوز ذلك، رجل قال لختنه بالفارسية اين زمين ترا فاذهب وازرعها فقال الختن قبلت وزرع قال أبو القاسم رحمه الله تعالى كان الأرض للختن وإن لم يقل الختن قبلت لم تكن له، رجل قال لآخر وهبت عبدي هذا منك والعبد حاضر بحيث لو مد يده ناله فقال قبضته قال أبو بكر رحمه الله تعالى جازت الهبة من غير قوله قبلت ويصير قابضا في قول محمد رحمه الله تعالى وقال أبو يوسف رحمه الله تعالى لا يصير قابضا ما لم يقبض، وإن كان العبد غائبا فقال له وهبت منك عبدي فلانا فاذهب واقبضه فقبضه جاز وإن لم يقل قبلت وبه نأخذ، ولو قال هو لك إن شئت ودفعه إليه فقال شئت عن أبي يوسف رحمه الله تعالى أنه يجوز، رجل قال لغيره وهبت لك هذا العبد أمس ولم تقبل كان القول قول الواهب، رجل قال لآخر كسوتك هذا الثوب أو أعطيتك أو قال جعلت لك هذه الدار أو قال هذه لك فاقبضها أو قال هي لك هبة تسكنها فهو هبة، ولو قال هبة سكنى أو سكنى هبة أو سكنى صدقة أو قال أخدمتك هذه الجارية فهي عارية في جميع ذلك، وكذلك لو قال حملتك على هذه الدابة يكون عارية إلا أن ينوي الهبة، وقيل هي من السلطان تكون هبة، ولو قال في الدار هي لك هبة إجارة كل شهر بدرهم أو قال إجارة هبة فهي إجارة، ولو وهب لرجل غائب دراهم وأرسل بها على يد رسول فقال الموهوب له للرسول تصدقت بها عليك لا يجوز، ولو قال للرسول تصدق بها عني لا يجوز فإن تصدق الرسول عنه ضمن الرسول للواهب، رجل قال جميع ما أملكه لفلان يكون هبة حتى لا يجوز بدون القبض، ولو قال جميع ما

---

(١) ٣\٢٦١

(٢) قاضي إمام فخر الدين خان، المؤلف غير معروف ١٤٠/٣

يعرف بي أو ينسب إلي لفلان فهو إقرار لأن في الوجه الأول (١) صرح بإضافة الملك إلى نفسه ثم أضافه إلى فلان ومثله يكون هبة وفي المسألة الثانية لم يصرح بملك نفسه لأن ما يعرف به أو ينسب إليه قد يكون لغيره، ولو قال بالفارسية اين غلام تراست يكون إقرارا، ولو قال اين غلام ترا يكون هبة لا يملكه إلا بالقبض، وذكر في الزيادات إذا قال لجماعة من المسلمين هذا المال لكم يكون هبة، رجل قال لآخر خذ هذا المال واغز في سبيل الله تعالى يكون قرضا لأن الكلام محتمل يحتمل القرض ويحتمل الهبة والقرض أدناهما فيحمل عليه ولأن الأخذ المطلق سبب للضمان في الشرع، ولو دفع إليه دراهم فقال أنفقها ففعل فهو قرض وهو كما قال اصرفها في حوائجك، ولو دفع إليه ثوبا فقال اكس به نفسك ففعل يكون هبة لأن قرض الثوب باطل فإذا تعذر حمله على القرض يجعل هبة تصحيحا للتصرف، رجل غرس كرما وله ابن صغير فقال جعلته لابني فلان يكون هبة لأن الجعل عبارة عن التمليك، وإن قال أغرسه باسم ابني لا يكون هبة وإن قال جعلته باسم ابني يكون هبة ظاهرا لأن الناس يريدون بهذا التمليك والهبة، رجل اتخذ وليمة للختان فأهدى الناس هدايا وضعوا بين يديه قالوا إن كانت الهدية مما يصلح للصبيان مثل ثياب الصبيان أو يكون شيئا يستعمله الصبيان فهي للصبي لأن مثله يكون هبة للصبي عادة، وإن كانت الهدية دراهم أو دنانير أو غير ذلك يرجع إلى المهدي فإن قال المهدي هي هبة للصغير كانت للصغير، وإن تعذر الرجوع إليه ينظر إن كان المهدي من معارف الأب أو أقاربه فهي للأب وإن كان من قرابة الأم أو من معارفها فهي للأم، وكذا إذا اتخذ وليمة لزفاف الابنة إلى بيت زوجها فأهدى الناس هدايا فهو على ما ذكرنا من قرابة الأب أو من قرابة الأم، وكذا لو كان المهدي من معارف الزوج أو من أقاربه أو من معارف المرأة أو أقاربها إلا إذا بين المهدي وقال أهديت لهذا أو لهذا فيكون القول له، وقال بعضهم في الأحوال كلها تكون الهدية للوالد لأن الوالد هو الذي اتخذ الوليمة، وقال بعضهم تكون للولد لأن الوالد اتخذ الوليمة لأجل الولد، ولا يعتبر قول المهدي عند الإهداء أهديت للولد لأن الوالد أو صاحب الوليمة إذا كان رجلا عظيما محترما يقول المهدي هذا لخدمكم والإعتماد على ما قلنا أولا، رجل قال لآخر وهبت لك هذه الغرارة الحنطة أو هذا الزق السمن كانت الهبة هي الحنطة والسمن دون الغرارة والزق، ولو قال وهبت منك غرارة الحنطة وزق السمن كانت الهبة في الزق والغرارة ولا يدخل فيه الحنطة والسمن لأن في الوجه الثاني أضاف الهبة إلى الغرارة والزق لا إلى الحنطة والسمن فلا يدخل فيه الحنطة والسمن كثياب العبد، وفي الوجه الأول أضاف الهبة إلى الحنطة والسمن، رجل أهدى إليه جاره شيئا من المأكولات في إناء هل له أن يأكل في إنائه قال

---

(١) ٣\٢٦٤

الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى إن كان ثريدا أو نحو ذلك لا بأس به لأنه لو [١] جعله في آنية أخرى تذهب لذته وإن كان شيئا من الفواكه لا يسعه أن يأكل فيه إلا أن يكون بينهما انبساط، قوم أجلسوا على أخونة هل لأهل الخوان أن يناول شيئا من على خوان آخر و من هو ليس بجالس معه على خوانه، قال ابن مقاتل رحمه الله تعالى ليس لهم ذلك ومن." [٢]

"لما هلك في يده لم يصح هذا الضمان و لا يكون ضامنا عندنا * رجل قال لغيره أعرتني دابتك فنفقت فقال رب الدلبة لا بل غصبتها فإن لم يكن ركبها كان القول قول المقر ولا ضمان عليه وإن كان قد ركبها لا يقبل قوله ويكون ضامنا لوجود سبب الضمان وهو استعمالدابة الغير * وإن قال رب الدابة آجرتكها وقال لا بل أعرتني كان القول قول الراكب مع يمينه ولاضمان عليه لأنهما تصادقا على ان الركوب كان بإذن المالك * رجل استعار حمار في الرستاق إلى البلد فلما أتى البلد لم يتفق له بالرجوع إلى الرستاق فوضع الحمار في يد الرجل ليذهب به إلى الرستاق ويسلم إلى صاحبه فهلك الحمار في الطريق قالوا إن كان شرطا في الإعارة أن يركب المستعير بنفسه كان ضامنا بالدفع إلى غيره * و إن استعار مطلقا لا يكون ضامنا لأن في الإعارة المطلقة للمستعير أن يعير غيره سواء كانت الإعارة فيما يتفاوت الناس فيه في الانتفاع كالركوب و اللبس أو لا يتفاوت كسكنى الدار و الحمل * و إن كانت الإعارة ليركب المستعير بنفسه فدفع إلى غيره كان ضامنا لأن في هذا الوجه ليس له أن يعير غيره فلا يكون له أن يدفع إلى غيره * و هذا على قول من يقول أن المستعير لا يملك الإيداع * و لو قال المعير لا تدفع إلى غيرك كان ضامنا على كل حال إذا دفع إلى غيره * رجل استعار دابة ليشيع جنازة إلى موضع كذا فلما انتهى إلى المقبرة دفعها إلى إنسان و دخل ليصلي فسرقت الدابة قال محمد رحمه الله تعالى لا يكون ضامنا * رجل استعار سترا للاذين فسرق الستر من الاذين لا يكون ضامنا لأنه لم يترك الحفظ فإن لم ينصبه في الحائط كان ضامنا * رجل استعار دابة فنام في المفازة و مقودها في يده فجاء إنسان فقطع المقود و ذهب بالدابة لا يضمن المستعير لأنه لم يترك الحفظ * و لو أن السارق فك المقود من يده و ذهب بالدابة و لم يعلم به المستعير كان ضامنا لأنه إذا نام على وجه يمكن فك المقود من يده و هو لا يعلم به يكون مضيعا * قيل هذا إذا نام مضطجعا فإن نام جالسا لا يضمن على كل حال لأنه لو نام جالسا و لم يكن المقود في يده و لكن الدابة تكون بين يديه لا يضمن فههنا أولى * رجل استعار حمار إلى الطاحونة فأدخله المربط الذي يكون ثمة و جعل على

(١) ٣\٢٦٥

(٢) قاضي إمام فخر الدين خان، المؤلف غير معروف ١٤٣/٣

الباب خشباكي لا يخرج الحمار فسرق الحمار لا يضمن لأن ذلك حفظ و ليس بتضييع * و لو استعار بقرا و استعمله ثم تركه في المسرح للرعي فضاع إن علم ان صاحبه يرضى بكون البقر في المسرح وحده لا يضمن و إن لم يعلم بذلك يضمن *

رجل استعار من آخر ثورا فأعاره ثورا يساوي خمسين فجمع المستعير بين هذا الثور و بين ثور له يساوي مئة و قرنهما فعطب المستعار قالوا إذا فعل مثل ما يفعله الناس لا يضمن و إلا يكون ضامنا لأنه إذا فعل ما لا يفعله الناس لا يكون المعير راضيا * رجلان يسكنان في بيت واحد كل واحد منهما يسكن في زاوية منه فاستعار أحدهما من صاحبه شيئا ثم طلب العارية فقال المستعير قد كنت وضعته في الطاق الذي يكون في زاويتك قالوا إن كان البيت في أيديهما لا يكون المستعير رادا و لا مضيعا فلا يكون ضامنا * رجل دخل الحمام فسقطت قصعة الحمام من يده و انكسرت في الحمام أو انكسر كوز الفقاعة من يده عند الشرب قال الفقيه أبو بكر البلخي رحمه الله تعالى لا يكون ضامنا * قيل هذا إذا لم يكن من سوء إمساكه فإن كان من سوء إمساكه يكون ضامنا * رجل بعث أجيره أو تلميذه و استعار حمار فسقطت العباءة عن الحمار في الطريق قال أبو القاسم رحمه الله تعالى إن سقطت من عنف الأجير كان الأجير ضامنا و إن لم يعنف الدابة لا يكون ضامنا * رجل استعار من رجل دابة فحضرت الصلاة فدفعها إلى غيره ليمسكها فضاعت قال الشيخ الإمام أبو بكر محمد بن الفضل رحمه الله تعالى إن كان المستعير شرط في العارية ركوب نفسه كان ضامنا لأنه لا يملك الإعارة في هذا الوجه فلا يملك الإيداع و إن لم يكن كذلك لا يضمن لأنه يملك الإعارة في هذا الوجه فيملك الإيداع و ذكر محمد رحمه الله تعالى في السير أن المستعير إذا أودع عند من ليس في عياله كان ضامنا و الله أعلم

(*فصل في المستعير إذا لم يدفع بعد الطلب *)

رجل استعار من رجل ثوبا ثم طلب المعير أن يرد فقال المستعير نعم هو ذا أدفعه إليك ثم فرط في الدفع حتى مضى شهر فسرق من المستعير قالوا إن كان عاجزا عن الرد وقت الطلب لا ضمان عليه * و إن كان المستعير قادرا على الرد فإن أظهر المعير السخط و الكراهة في الإمساك ضمن المستعير * و كذا إذا لم يظهر السخط و لا الرضا لأن الرضا لا يثبت بالشك و إن صرح بالرضا لا يضمن المستعير * و لو استعار كتابا فضاع ثم جاء صاحب الكتاب و طالبه بالرد فلم يخبره بالضياع و وعد له الرد ثم أخبره بالضياع قال بعضهم إن لم يكن آيسا من وجوده لا ضمان عليه و إن كان آيسا من وجوده يكون ضامنا *." (١)

---

(١) قاضي إمام فخر الدين خان، المؤلف غير معروف ٢٣٤/٣

"له أن يأكل لأنه أخبره بما هو حق الله تعالى فتثبت الحرمة * و لو أنه أذن له بالتناول ثم باعه منه بعد الإذن أو ملكه لسبب آخر بميراث أو هبة ثم أخبره مسلم ثقة أنه حرام العين لا يحل تناوله * و لو أن رجلا ملك طعاما أو جارية بميراث أو بيع أو هبة أو سبب من الأسباب ثم أخبره مسلم ثقة أن هذا الفلان بن فلان الفلاني غصبه منه البائع أو الواهب أو الميت قال أحب إلى أن يتنزه فلا يأكل و لا يشرب و لا يتوضأ و لا يطأ جارية لأن بخبر الواحد العدل تثبت الريبة فيتنزه و إن لم يتنزه كان في سعة من ذلك لأن المخبر ما أخبره بحرمة العين و إنما أخبره أن من يملك منه كان غاصبا و هو مكذب في هذا الخبر شرعا لأن اليد دليل الملك فلهذا قال إن تنزه كان أفضل و إن لم يتنزه كان في سعة من ذلك و كذلك لو أن رجلا في يده طعام فأذن لغيره بالتناول و أخبره ثقة أن هذا الطعام و الشراب غصب في يده من فلان و الذي في يده ينكر و يزعم أنه له إن تنزه كان أفضل و إن لم يتنزه كان في سعة من ذلك * و كذا إذا لم يكن الذي في يده ثقة لأن اليد دليل الملك فالمخبر إنما أخبره بالحرمة حقا للمغصوب منه و قول الواحد جعل حجة في حقوق العباد في حكم التنزه لا في حكم بطلان الملك * و كذا لو كان ماء و هو في سفر و لم يجد ماء غير ذلك فإنه يتوضأ به و لا يتيمم هذا إذا لم يكن الذي في يده ثقة * فإن كان عدلا ثقة و زعم أنه لم يغصبه من أحد اختلف المشايخ فيه * قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى ههنا لا يتنزه بخلاف ما لو كان فاسقا * و غيره من المشايخ قال هذا و الأول سواء يتنزه و هو الصحيح لأن ذا اليد و إن كان عدلا فهو يدفع الغصب عن نفسه فلا يعارض قوله قول المخبر في حكم التنزه * و لو أن رجلا أراد أن يشتري لحما فقال له رجل عدل لا تشتر فإنه ذبيحة مجوسي و قال له القصاب إنه ذبيحة مسلم و القصاب عدل قال الفقيه أبو جعفر رحمه الله تعالى إن السامع يتحرى فإن لم يقع تحريه على شيء يسقط الخبران فتبقى الإباحة الأصلية * و على قول المشايخ رحمهم الله تعالى لا يشتري و يأخذ بقول من أخبره أنه ذبيحة مجوسي لأن البيع صار حراما على البائع بقول المخبر أنه ذبيحة مجوسي و البائع يدفع الضرر عن نفسه فيكون متهما فلا يأخذ بقول البائع و قال شمس الأئمة السرخسي رحمه الله تعالى كان شيخنا الإمام رحمه الله تعالى يقول إذا أتى الصبي بقالا بفلوس ليشتري منه شيئا و أخبره أن أمه أمرته بذلك فإن طلب الصابون و نحو ذلك لا بأس للبقال أن يبيع منه و إن طلب الزبيب و الجوز و ما يأكله الصبيان عادة ينبغي ألا يبيع منه لأنه كاذب فيما يقول ظاهرا و إن قال الصغير هذا لي و قد أذن لي أبي أن أهبه لك أو أتصدق به عليك لا ينبغي للسامع أن يقبل ذلك منه لأن الأب لو أذن للصغير بهذا التصرف لا يصح إذنه * بخلاف ما لو قال هو لأبي بعثه إليك على يدي هبة أو صدقة فإنه يجوز للسامع أن يقبل ذلك منه * و كذا الفقير

إذا أتاه عبد أو أمة بصدقة من المولى * و لو أن رجلا عرف جارية لرجل يدعيها و يزعم أنها له و الأمة تصدقه في أنها له ثم رأى الجارية في يد رجل آخر يقول هذا الذي في يده كانت الجارية في يد فلان و فلان ذلك كان يدعي أنها له و الجارية تصدقه في ذلك إلا أن الجارية كانت لي و إنما أمرت فلانا بذلك لأمر خفية و صدقته الجارية في قوله هذا و المدعي مسلم ثقة لا بأس للسامع أن يشتر بها منه لأنه أخبر بخبر يحتمل الصحة * و إن كان في أكبر رأى السامع أن الذي في يديه الجارية كاذب فيما يقول لا ينبغي للسامع أن يشتريها منه و لا يقبل هبته و لا صدقته لأن الإقرار ذي اليد أنها كانت في يد فلان و فلان يدعي أنها له إقرار منه بملك فلان فإذا كان في أكبر رأيه أنه كاذب فيما يقول أنها لي لا يقبل قوله و لا يشتري منه الجارية و لو لم يقل ذو اليد ذلك و لكنه قال هي لي ظلمني فلان و غصبها مني فأخذتها منه لا ينبغي للسامع أن يشتري منه ولا يقبل هبته و لا صدقته كان الذي في يديه ثقة أو لم يكن ثقة * بخلاف ما إذا لم يدع الغصب و إنما أقر بالتلجئة لأن الغصب أمر مستنكر فلا يقبل قوله في ذلك أما في التلجئة ما أخبر بخبر مستنكر فيقبل قوله إذا كان ثقة * فإن قال الذي في يديه كان فلان ظلمني و غصبها مني ثم رجع عن ظلمه فأقر بها لي و دفعها إلي فإن كان ثقة فلا بأس أن يقبل منه و يشتري منه الجارية لأنه أخبر بخبر مستقيم و هو الرجوع عن الظلم و ما أقر على نفسه سبب الضمان و هو الأخذ * و كذا لو قال غصبها مني فلان فخاصمته إلى القاضي فقضى القاضي لي بها ببينة أقمتها أو بنكوله عن اليمين فإنه يجوز للسامع أن يقبل قوله إذا كان ثقة لأنه أخبر بخبر مستقيم و هو إثبات الملك بالحجة و إنما شرط أن يكون ثقة لأن كلامه أنها كانت في يد فلان إقرار لفلان بالملك ظاهرا و إن كان المخبر كاذبا في أكبر رأي السامع فإنه لا يشتريها منه في جميع هذه الوجوه و لا يقبل قوله * و إن قال قضى لي بها القاضي." (١)

"رجل استعار من آخر عينا ليرهنه بدينه فأعاره صحت الإعارة وللمستعير أن يرهنه بدينه بقليل أو كثير إذا أطلقه المعير ولم يسم ما يرهنه به وإن سمى المعير قدرا أو جنسا لا يجوز للمستعير أن يخالفه وإن خالفه المستعير فرهنه بأقل مما سمى أو أكثر أو بصنف آخر لا يجوز ويصير ضامنا.وكذا لو استعاره ليرهنه عند فلان بعينه فرهنه عند غيره أو استعاره ليرهنه بالكوفة فرهنه بالبصرة.وللمعير أن يأخذه من المرتهن.فإن هلك في يد المستعير إن هلك في يد المستعير قبل أن يرهنه أو هلك بعد ما رهنه و افتكه لا ضمان عليه.وإن هلك الرهن فقال المالك هلك عند المرتهن وقال المستعير هلك قبل أن أرهنه أو بعد ما رهنته و افتككته كان القول قول الراهن مع يمينه. وإن رهنه المستعير على الوجه الذي أذن له المعير كان على

(١) قاضي إمام فخر الدين خان، المؤلف غير معروف ٣/٢٥٥

المستعير قدر ما سقط من دين الراهن برهنه.وكذا لو دخله عيب فسقط بعض الدين يضمن الراهن للمعير قدر ذلك.ولو أن الراهن عجز عن فكاك الرهن فقضى المعير دين الراهن كان للمعير أن يرجع على الراهن بقدر[1]ما سقط من الدين عند الهلاك ولا يرجع بأكثر من ذلك حتى لو كانت قيمة الرهن ألفا ورهنه بألفين بإذن المعير و افتكه المالك بألفي درهم لا يرجع على الراهن بأكثر من ألف.وليس للمرتهن أن يمتنع عن قبض الدين من المعير بل يجبر على ذلك حتى يقبض ويسلم إليه الرهن.ولو أن المستعير وكل رجلا بقبض الرهن من المرتهن والرد إلى المعير إن كان الوكيل في عيال المستعير جاز ولا يضمن إن هلك المال في يد الوكيل.فإن لم يكن الوكيل في عيال الموكل فهلك المال في يد الوكيل ضمن الموكل وهذا والوديعة سواء.وليس للمستعير أن ينتفع بالرهن ولا أن يستعمله قبل الرد ولا بعد الفكاك فإن فعل ضمن.ولو استعمله قبل الرهن ثم رهنه بمثل قيمته يبرأ عن الضمان وليس هذا كرجل استعار شيئا لينتفع به فخالف ثم عاد إلى الوفاق فإنه لا يبرأ عن الضمان .رجل غصب من آخر عبدا فرهنه بدينه عند رجل فهلك المال عند المرتهن كان للمالك الخيار إن شاء ضمن الغاصب وإن شاء ضمن المرتهن.فإن ضمن الغاصب تم الرهن لأن الغاصب عند أداء الضمان يملكه من وقت الغصب فيصير راهنا مال نفسه.وإن ضمن المالك المرتهن كان للمرتهن أن يرجع على الراهن بما ضمن ويبطل الرهن لأن سبب ضمن المرتهن هو القبض وعقد الرهن كان قبله فلا ينفذ الرهن بملك متأخر عن العقد.ولو كان الغاصب دفع العبد المغصوب إلى رجل وديعة ثم رهنه بعد ذلك من المدفوع إليه فهلك الرهن ثم جاء صاحب العبد وضمن الغاصب أو المدفوع إليه فرجع المرتهن على الراهن جاز الرهن في الوجهين. أما إذا ضمن الغاصب فلأنه ملكه بالغصب السابق على الرهن فينفذ الرهن. وأما إذا ضمن المرتهن فلأن سبب الضمان في حقه هو القبض بحكم الوديعة وعقد الرهن كان بعده فينفذ الرهن على كل حال.ولو أن رجلا عنده وديعة لإنسان فرهنه المودع عند رجل فهلك عنده وجاء المالك وضمن الراهن أو المرتهن لا ينفذ الرهن لأن الأول ضمن بالدفع إلى المرتهن وعقد الرهن كان قبل الدفع فلا يكون مالكا وقت الرهن فلا يجوز كرجل رهن عند رجل عبدا لغيره فعاقد عقد الرهن ولم يدفع إلى المرتهن ثم إن الراهن اشترى العبد من مولاه ودفعه إلى المرتهن فإنه لا يكون رهنا عند المرتهن لأن الراهن ملكه بعد الرهن فلا يكون مالكا وقت الرهن. وكذلك رجل غصب عبدا فباعه ثم جاء صاحبه وضمنه إن ضمن الغاصب قيمته يوم الغصب جاز البيع وإن ضمنه يوم الدفع إلى المشتري لا يجوز بيعه لأن الغاصب في الوجه الثاني إنما ملك وقت الدفع فلا يجوز بيعه إذ لم يكن مالكا وقت البيع.رجل أعار شيئا له حمل و مؤنة ليرهنه

---

(١) ٣\٦٠٥

المستعير بدينه فرهنه قالوا إن رد العارية يكون على المعير فرق بينها وبين غيرها من العواري في غير هذا يكون الرد على المستعير لأن هذه إعارة فيها منفعة لصاحبها فإنها تصير مضمونة في يد المرتهن وللمعير أن يرجع على المستعير بقيمته فكانت بمنزلة [1] الإجارة وفي الإجارة يكون الرد على الآجر. الرهن إذا جاز للمرتهن أنت يودعه إنسانا أو يعير أو يؤاجر فإن أودع المرتهن إنسانا فهو رهن على حاله إن هلك في يد المودع يسقط الدين بهلاكه وإن أعاره يخرج من ضمان الرهن وللمرتهن أن يعيده رهنا ولو آجره فالأجرة تكون للراهن وليس للمرتهن أن يعيد الرهن إلا برهن جديد.ولو أذن له الراهن أن يرهنه فرهنه من غيره وسلم إليه يخرج من الرهن الأول ولو باع الآجر أو المرتهن أحدهما بإذن الآخر يخرج من أن يكون رهنا ويكون الثمن رهنا مكان الأول قبضه من المشتري أو لم يقبض فإن هلك الثمن على المشتري فإنه يتوى من مال المرتهن وللمرتهن أن يحبس الثمن إذا كان دينه مؤجلا إلى وقت حلول الأجل .

فصل في العدل في باب الرهن." [2]

"وجه الأولى: ما روي عن أنه قال: من أسلم على شيء فهو له وهذا عام في كل شيء أسلم عليه، وروى زيد قتادة أن أمه ماتت فأسلم بعض أولادها. فرفع ذلك إلى عثمان فسأل عن ذلك أصحاب . النبي صلى الله عليه وسلم .. فقالوا: يرثون ما لم يقسم. وهذا إشارة إلى جماعتهم، ولأن دينهما متفق قبل القسمة أشبه ما لو كان متفقا حال الموت، ولأن المواريث التي كانت في الجاهلية ما طرأ عليه الإسلام منها قبل القسمة قسم على حكم الإسلام ولم يعتبر وقت الموت، كذلك الإسلام بعد الموت ويكون في حكم الموجود قبله كما قلنا فيمن حفر بئرا ومات ثم وقع فيها إنسان فإن الضمان يتعلق بتركته كما لو وجد الوقوع في حال حياته فالحفر **سبب للضمان** وجد حال الحياة والوقوع شرط في الضمان وجد بعد الموت والنسب سبب للإرث وجد قبل الموت والإسلام شرط في استحقاقه وجد بعد الموت فلا فرق بينهما ولأنهم قد قالوا: إن ما ينتقل إلى بيت المال عن ميت ولا وارث له ينتقل إرثا فلو أسلم رجل بعد انتقال المال عن ميت استحق جزءا منه كما لو كان مسلما قبل الانتقال كذلك ها هنا.

ووجه الثانية: أنه بالموت تنتقل التركة إلى ملك الورثة ويستقر ملكهم عليها فيجب أن لا يزول ملكهم عنها بالإسلام، كما لا يزول بحدوث وارث آخر وهو أن يموت ويخلف أما وأخا فتعلق الأم بولد آخر فإنه لا يرث بحدوثه بعد الحكم بالميراث للموجود كذلك ها هنا.

---

(١) ٣\٦٠٦

(٢) قاضي إمام فخر الدين خان، المؤلف غير معروف ٣٨١/٣

ولأن من لم يكن وارثا حال الموت لم يكن وارثا بعده كما لو أسلم بعد قسمة الميراث أو أعتق بعد الموت وقبل القسمة، ومن قال بالأولى أجاب عن هذا فقال: إذا حدث له وارث بعد الموت لم يرث لأن سبب الإرث لم يكن موجودا حال الموت.
---." (١)

"ولنا أنه مأذون له في امساكه رهنا لم يتجدد فيه منه عدوان فلم يضمنه كما لو قبضه منه ثم أقبضه اياه أو أبرأه من ضمانه، وقولهم لا تنافي بينهما ممنوع فان الغاصب يده عادية يجب عليه إزالتها ويد المرتهن محققة جعلها الشرع له ويد المرتهن يد امانة، ويد الغاصب والمستعير ونحوهما يد ضامنة وهذان متنافيان، ولان السبب المقتضي للضمان زال فزال الضمان لزواله كما لو رده إلى مالكه وذلك لان سبب الضمان الغصب أو العارية ونحوهما وهذا لم يبق غاصبا ولا مستعيرا، ولا يبقى الحكم مع زوال سببه وحدوث سبب يخالف حكمه حكمه، وأما إذا تعدى في الرهن فانه يلزمه الضمان لعدوانه لا لكونه غاصبا ولا مستعيرا وههنا قد زال سبب الضمان ولم يحدث ما يوجبه فلم يثبت (فصل) وإذا رهنه عينين فتلفت احداهما قبل قبضها انفسخ العقد فيها دون الباقية لان العقد كان صحيحا فيهما، وانما طرأ انفساخ العقد في احداهما فلم يؤثر في الاخرى كما لو اشترى شيئين فرد أحدهما بعيب أو غيره والراهن مخير بين اقباض الباقية وبين منعها إذا قلنا ان الرهن لا يلزم الا بالقبض فان كان التلف بعد قبض الاخرى لزم الرهن فيها، فان كان الرهن مشروطا في بيع ثبت للبائع الخيار لتعذر الرهن بكماله فان رضي لم يكن له المطالبة ببدل التالفة لان الرهن لم يلزم فيها وتكون المقبوضة رهنا بجميع الثمن، فان تلفت احدى العينين بعد القبض فلا خيار للبائع لان الرهن لو تلف كله لم يثبت للبائع خيار فإذا تلف بعضه كان أولى، ثم ان كان تلفها بعد قبض العين الا خرى فقد لزم الرهن فيها، وان كان قبل قبض الاخرى فالراهن مخير بين اقباضها وبين تركه، فان امتنع من تقبيضها ثبت للبائع الخيار كما لو لم تتلف الاخرى (فصل) فإذا رهنه دارا فانهدمت قبل قبضها لم ينفسخ عقد الرهن لان ما ليتها لم تذهب بالكلية فان عرصتها وانقاضها باقية ويثبت للمرتهن الخيار ان كان الرهن مشروطا في بيع لتعييبها ونقص قيمتها." (٢)

"المالك محجورا عليه لسفه أو صغر أو جنون فطولب هو لم يلزمه الضمان لانه ليس أهلا للمطالبة وان طولب وليه أو وصيه فلم ينقضه فالضمان على المالك لان سبب الضمان ماله فكان الضمان عليه دون

---

(١) المسائل الفقهية، المؤلف غير معروف ٣١٠/١

(٢) الشرح الكبير لابن قدامة، المؤلف غير معروف ٣٩٥/٤

التصرف كالوكيل مع الموكل وان كان الملك مشتركا بين جماعة فولب احدهم بنقضه احتمل وجهين احدهما لا يلزمه شئ لانه لا يمكنه نقضه بدون إذنهم فهو كالعاجز والثانى يلزمه بحصته لانه يتمكن من النقض بمطالبته شركاءه والزامهم النقض فصار بذلك مفرطا فان كان ميل الحائط إلى ملك آدمي معين اما واحد أو جماعة فالحكم على ما ذكرنا إلا ان المطالبة تكون للمالك أو ساكن الملك الذي مال إليه دون غيره، وان كان لجماعة فأيهم طالب وجب النقض بمطالبته كما لو طالب واحد بنقض المائل إلى الطريق إلا أنه متى طولب إلا أنه متى طولب ثم اجله صاحب الملك أو ابرأة منه أو فعل ذلك ساكن الدار التي مال إليها جاز لان الحق له وهو يملك ا سقاطه، وان مال إلى درب غير نافذ فالحق لاهل الدرب والمطالبة لهم لان الملك لهم يلزم النقض بمطالبة احدهم ولا يبرأ بابرائه وتأجيله الا ان يرضى بذلك جميعهم لان الحق للجميع.

(فصل) وان لم يمل الحائط لكن تشقق فان لم يخش سقوطه لكون سقوطه بالطول لم يجب نقضه وحكمه حكم الصحيح قياسا عليه وان خيف وقوعه لكونه مشقوقا بالعرض فحكمه حكم المائل لانه يخاف منه التلف اشبه المائل (فصل) ولو بنى في ملكه حائط مائلا إلى الطريق أو إلى ملك غيره فتلف به شئ أو سقط على شئ أتلفه ضمن لتعديه فانه ليس له النباء في هواء ملك غيره أو هواء مشترك ولانه يعرضه للوقوع على غيره في غير ملكه أشبه مالو نصب فيه منجلا يصيد به وهذا مذهب الشافعي ولا نعلم فيه مخالفا (فصل) إذا تقدم إلى صاحب الحائط المائل بنقضه فباعه مائلا فسقط على شئ فتلف به فلا." (١)

"بنظير لمقدر ممنوع فانه نظير لقطع الاذنين في ذهاب الجمال بل هو أعظم في ذلك فيكون بايجاب الدية أولى، فان زال السواد رد ما أخذه لسواده لزوال **سبب الضمان**، فأما ان صفر وجهه أو حمره ففيه حكومة لانه لم يذهب بالجمال على الكمال (مسألة) (وإذا لم يستمسك الغائط والبول ففي كل واحد من ذلك دية كاملة) وجملة ذلك أنه إذا ضرب بطنه فلم يستمسك الغائط أو المثانة فلم يستمسك البول وجب فيه الدية وبهذا قال ابن جريح وأبو ثور وأبو حنيفة ولا نعلم فيه مخالفا الا أن ابن أبي موسى ذكر في المثانة رواية أخرى أن فيها ثلث الدية لانها باطنة فهي كافضاء المرأة، والصحيح الاول كل واحد من هذين المحلين عضو فيه منفعة كبيرة ليس في البدن مثله فوجب في تفويت منفعته دية كاملة كسائر الاعضاء المذكورة فان نفع المثانة حبس البول وحبس البطن الغائط منفعة مثلها والنفع بهما كثير والضرر بفواتهما عظيم فكان في كل واحد منهما الدية كالسمع والبصر، وإن فاتت المنفعتان بجناية واحدة وجب على الجاني ديتان كما

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، المؤلف غير معروف ٤٥٢/٥

لو ذهب سمعه وبصره بجناية واحدة (مسألة) (وفي نقص شئ من ذلك ان علم بقدره مثل نقص العقل بأن يجن يوما ويفيق يوما أو ذهاب بصر احدى العينين أو سمع احدى الاذنين) لان ما وجب فيه الدية وجب بعضها في بعضه كالاصابع واليدين." (١)

" رهن المضمون كالمغصوب

فصل : فإذا رهنه المضمون كالمغصوب والعارية والمقبوض في بيع فاسد أو على وجه السوم صح وزال الضمان وبهذا قال مالك و أبو حنيفة وقال الشافعي : لا يزول الضمان ويثبت فيه حكم الرهن والحكم الذي كان ثابتا فيه يبقى بحاله لأنه لا ينافي بنيهما بدليل أنه لو تعدى في الرهن صار مضمونا ضمان الغصب وهو رهن كما كان فكذلك ابتداؤه لأنه أحد حالتي الرهن

ولنا أنه مأذون له في إمساكه رهنا لم يتجدد منه فيه عدوان فلم يضمنه كما لو قبضه منه ثم أقبضه إياه أو أبرأه من ضمانه وقولهم لا تنافي بنيهما ممنوع فإن الغاصب يده عادية يجب عليه إزالتها ويد المرتهن محقة جعلها الشرع له ويد المرتهن يد أمانة ويد الغصب والمستعير ونحوهما يد ضامنه وهذان متنافيان ولأن السبب المقتضي للضمان زال فزال الضمان لزواله كما لو رده إلى مالكه وذلك لأن سبب الضمان الغصب والعارية ونحوهما وهذا لم يبق غاصبا ولا مستعيرا ولا يبقى الحكم مع زوال سببه وحدوث سبب يخالف حكمه حكمه وأما إذا تعدى في الرهن فإنه يلزمه الضما لعدوانه لا لكونه غاصبا ولا مستعيرا وههنا قد زال سبب الضمان ولم يحدث ما يوجبه فلم يثبت

فصل : ويجوز أن يوكل في قبض الرهن ويقوم قبض وكيله مقام قبضه في لزوم الرهن وسائر أحكامه وإن وكل المرتهن الراهن في قبض الرهن له نفسه لم يصح ولم يكن ذلك قبضا لأن الرهن وثيقة ليستوفي الحق منه عند تعذر استيفائه من الراهن فإذا كان في يد الراهن لم يحصل معنى الوثيقة وقد ذكرنا في البيع أن المشتري لو دفع إلى البائع غرارة وقال : كل حقي في هذه ففعل كان ذلك قبضا فيخرج ههنا كذلك ." (٢)

" فصول ضمان القتل بالسبب كما بالمباشرة بسبب غير مشروع حفر بئر اقامة جدار مائل وصور تفريعية

---

(١) الشرح الكبير لابن قدامة، المؤلف غير معروف ٩/٥٩٩

(٢) المغني، المؤلف غير معروف ٤/٤٠٥

فصل : ويجب الضمان بالسبب كما يجب بالمباشرة فإذا حفر بئرا في طريق لغير مصلحة المسلمين أو في ملك غيره بغيره إذنه أو وضع في ذلك حجرا أو حديدة أو صب فيه ماء أو وضع فيه قشر بطيخ أو نحوه وهلك فيه إنسان أو دابة ضمه لأنه تلف بعدوانه فضمنه كما لو جنى عليه روي عن شريح أنه ضمن رجلا حفر بئرا فوقع فيها رجل فمات وروي ذلك عن علي رضي الله عنه وبه قال النخعي و الشعبي و حماد و الثوري و الشافعي و إسحاق وإن وضع رجل حجرا وحفر آخر بئرا أو نصب سكينا فعثر بالحجر فوقع في البئر أو على السكين فهلك فالضمان على واضع الحجر دون الحافر وناصب السكين لأن واضع الحجر كالدافع له وإذا اجتمع الحافر والدافع فالضمان على الدافع وحده وبهذا قال الشافعي ولو وضع رجل حجرا ثم حفر عنده آخر بئرا أو نصب سكينا فعثر بالحجر فسقط عليهما فهلك احتمل أن يكون الحكم كذلك لما ذكرنا واحتمل أن يضمن الحافر وناصب السكين لأن فعلهما متأخر عن فعله فأشبه ما لو كان زق فيه مائع وهو واقف فحل وكاءة إنسان وأماله آخر فسال ما فيه كان الضمان على الآخر منهما وإن وضع إنسان حجرا أو حديدة في ملكه أو حفر فيه بئرا فدخل إنسان بغير إذنه فهلك به فلا ضمان على المالك لأنه لم يتعد وإنما الداخل هلك بعدوان نفسه وإن وضع حجرا في ملكه ونصب أجنبي فيه سكينا أو حفر بئرا بغير إذنه فعثر رجل بالحجر فوقع على السكين أو في البئر فالضمان على الحافر وناصب السكين لتعديهما إذا لم يتعلق الضمان بواضع الحجر لانتفاء عدوانه وإن اشترك جماعة في عدوان تلف به شيء فالضمان عليهم وإن وضع اثنان حجرا وواحد حجرا فعثر بهما إنسان فهلك فالدية على عواقلهم أثلاثا في قياس المذهب وهو قول أبي يوسف لأن السبب حصل من الثلاثة أثلاثا فوجب الضمان عليهم وإن اختلفت أفعالهم كما لو جرحه واحد جرحين وجرحه اثنان جرحين فمات بهما وقال زفر : على الاثنين النصف وعلى واضع الحجر وحده النصف لأن فعله مساو لفعلهما وإن حفر إنسان بئرا ونصب آخر سكينا فوقع إنسان في البئر على المسكين فمات فقال ابن حامد : الضمان على الحافر لأنه بمنزلة الدافع وهذا قياس المسائل التي قبلها ونص أحمد رحمه الله على أن الضمان عليهما قال أبو بكر : لأنهما في معنى الممسك والقاتل الحافر كالممسك وناصب السكين كالقاتل فيخرج من هذا أن يجب الضمان على جميع المتسببين في المسائل السابقة

فصل : وإن حفر بئرا في ملك نفسه أو في ملك غيره بإذنه فلا ضمان عليه لأنه متعد بحفرها وإن حفرها في موات لم يضمن لأنه غير متعد بحفرها وكذلك إن وضع حجرا أو نصب شركا أو شكبة أو منجلا ليصيد بها وإن فعل شيئا من ذلك في طريق ضيق فعليه ضمان من هلك به لأنه متعد وسواء أذن له الإمام

فيه أو لم يأذن فإنه ليس للإمام الإذن فيما يضر بالمسلمين ولو فعل ذلك الإمام لضمن ما تلف به لتعديه وإن كان الطريق واسعا فحفر في مكان منها ما يضر بالمسلمين فعليه الضمان كذلك وإن حفر في موضع لا ضرر فيه نظرنا فإن حفرها لنفسه ضمن ما تلف بها سواء حفرها بإذن الإمام أو غير إذنه وقال أصحاب الشافعي : إن حفرها بإذن الإمام لم يضمن لأن للإمام أن يأذن في الانتفاع بما لا ضرر فيه بدليل أنه يجوز أن يأذن في القعود فيه ويقطعه لمن يبيع فيه

ولنا أنه تلف بحفر حفرة في حق مشترك بغير إذن أهله لغير مصلحتهم فضمن كما لو لم يأذن له الإمام ولا نسلم أن للإمام أن يأذن في هذا وإنما يأذن في القعود لأن ذلك لا يدوم وتمكن إزالته في الحال فأشبه القعود في المسجد ولأن القعود جائز من غير إذن الإمام بخلاف الحفر وإن حفر البئر لنفع المسلمين مثل أن يحفره لينزل فيه ماء المطر من الطريق أو لتشرب منه المارة ونحوها فلا ضمان عليه لأنه محسن بفعله غير متعد بحفره فأشبه باسط الحصير في المسجد وذكر بعض أصحابنا أنه لا يضمن إذا كان بإذن الإمام وإن كان بغير إذنه ففيه روايتان :

إحداهما : لا يضمن فإن أحمد قال في رواية إسحاق بن إبراهيم : إذا أحدث بئرا لماء المطر ففيه نفع للمسلمين أرجو أن لا يضمن

والثانية : يضمن أومأ إليه أحمد لأنه افتأت على الإمام ولم يذكر القاضي سوى هذه الرواية والصحيح هو الأول لأن هذا مما تدعو الحاجة إليه ويشق استئذان الإمام فيه وتعم البلوى به ففي وجوب استئذان الإمام فيه تفويت لهذه المصلحة العامة لأنه لا يكاد يوجد من يتحمل كلفة استئذانه وكلفة الحفر معا فتضيع هذه المصلحة فوجب إسقاط استئذانه كما في سائر المصالح العامة من بسط حصير في مسجد أو تعليق قنديل فيه أو وضع سراج أو رم شعث فيه وأشباه ذلك وحكم البناء في الطريق حكم الحفر فيها على ما ذكرنا من التفصيل والخلاف وهو أنه متى بناء يضر إما لكونه في طريق ضيق أو في واسع يضر المارة أو بنى لنفسه فقد تعدى ويضمن ما تلف به وإن بنى في طريق واسع في موضع لا يضر البناء فيه لنفع المسلمين كبناء مسجد يحتاج إليه للصلاة فيه في زاوية ونحوها فلا ضمان عليه وسواء في ذلك كله إذن فيه الإمام أو لم يأذن ويحتمل أن يعتبر إذن الإمام في البناء لنفع المسلمين دون الحفر لأن الحفر تدعو الحاجة إليه لنفع الطريق وإصلاحها وإزالة الطين والماء منها بخلاف البناء فجرى حفرها مجرى تنقيتها وحفر هدفة منها وقلع حجر يضر بالمارة ووضع الحصا في حفرة منها ليملأها ويسهلها بإزالة الطين ونحوه منها وتسقيف ساقيه فيها ووضع حجر في طيه فيها ليطأ الناس عليه أو يعبروا عليه فهذا كله مباح لا يضمن ما تلف به لا

أعلم فيه خلافا وكذلك ينبغي أن يكون في بناء القناطر ويحتمل أن يعتبر استئذان الإمام لأن مصلحته لا يعم وجودها بخلاف غيره وإن سقف مسجدا أو فرض بارية فيه أو نصب عليه بابا أو جعل فيه رفا لينفع أهله أو علق فيه قنديلا أو بنى فيه حائطا فتلف به شيء فلا ضمان عليه وقال اصحاب الشافعي : إن فعل شيئا من ذلك بغير إذن الإمام ضمن في أحد الوجهين : وقال أبو حنيفة : يضمن إذا لم يأذن فيه الجيران

ولنا أنه فعل أحسن به ولم يتعد فيه فلم يضمن ما تلف به كمالو أذن فيه الإمام والجيران ولأن هذا مأذون فيه من جهة العرف لأن العادة جارية بالتبرع به من غير استئذان فلم يجب ضمان كالمأذون فيه نطقا

فصل : وإن حفر العبد بئرا في ملك إنسان بعير إذنه أو في طريق يضرر به ثم أعتقه سيده ثم تلف بها شيء ضمنه العبد وبهذا قال الشافعي وقال أبو حنيفة : الضمان على سيده لأن الجناية هي الحفر في حالة رقه وكان ضمان جنايته حينئذ على سيده فلا يزول ذلك بعتقه كما لو جرح في حال رقه ثم سرى جرحه بعد عتقه

ولنا أن التلف الموجب للضمان وجد بعد إعتاقه فكان الضمان عليه كما لو اشترى سيفا في حال رقه ثم قتل به بعد عتقه وفارق ما قاسوا عليه لأن الإتلاف الموجب للضمان وجد حال رقه وههنا حصل بعد عتقه وكذلك القول في نصب حجر أو غيره من الأسباب التي يجب بها الضمان

فصل : وإذا حفر إنسان بئرا في ملك مشترك بينه وبين غيره بغير إذنه ضمن ما تلف به جميعه وهذا قياس مذهب الشافعي وقال أبو حنيفة يضمن ما قابل نصيب شريكه فلو كان له شريكان لضمن ثلثي التالف لأنه تعدى في نصيب شريكيه وقال أبو يوسف عليه نصف الضمان لأنه تلف بجهتين فكان الضمان نصفين كما لو جرحه واحد جرحا وجرحه آخر جرحين

ولنا أنه متعد بالحفر فضمن الواقع فيما كما لو كان في ملك غيره والشركة أوجبت تعديه بجميع الحفر فكان موجبا لجميع الضمان ويبطل ما ذكره أبو يوسف بما لو حفره في طريق مشترك فإن له فيها حقا ومع ذلك يضمن الجميع والحكم فيما إذا أذن له بعض الشركاء في الحفر دون بعض كالحكم فيما إذا حفر في ملك مشترك بينه وبين غيره لكونه لا يباح الحفر ولا التصرف حتى يأذن الجميع

فصل : وإذا حفر بئرا في ملك إنسان أو وضع فيه ما يتعلق به الضمان فأبرأه المالك من ضمان ما يتلف به ففيه وجهان : أحدهما : يبرأ لأن المالك لو أذن فيه ابتداء لم يضمن ما تلف به فإذا أبرأه من الضمان وأذن فيه زال عنه الضمان كما لو اقترن الإذن بالحفر والآخر : لا ينتفي عنه الضمان لأنه سبب موجب للضمان فلا يزول حكمه بالإبراء كسائر الأسباب ولأن حصول الضمان به لكونه تعدى بحفره

والإبراء لا يزيل ذلك لأن ما مضى لا يمكن تغييره عن الصفة التي وقع عليها ولأن وجوب الضمان ليس بحق للمالك الإبراء منه كما لو أبرأه غير المالك ولأنه إبراء مما لم يجب فلم يصح كالإبراء من الشفعة قبل البيع

فصل : وإن استأجره أجيرا فحفر في ملك غيره بغير إذنه وعلم الأجير ذلك فالضمان عيه وحده لأنه متعد بالحفر وليس له فعل ذلك بأجرة ولا غيرها فتعلق الضمان به كما لو أمره غيره بالقتل فقتل وإن لم يعلم فالضمان على المستأجر لأنه غره فتعلق الضمان به كالإثم وكذلك الحكم في البناء ونحوه ولو استأجر أجيرا ليحفر له في ملكه بئرا أو ليبني له فيها بناء فتلف الأجير بذلك لم يضمنه المستأجر وبهذا قال عطاء و الزهري و قتادة و أصحاب الرأي ويشبه مذهب الشافعي ل [قول النبي صلى الله عليه و سلم : البئر جبار] ولأنه لم يتلفه وإنما فعل الأجير باختيار نفسه فعلا أفضى إلى تلفه فأشبه ما لو فعله تبرعا من عبد نفسه إلا أن يكون الأجير عبدا استأجره بغير إذن سيده أو صبيا بغير إذن وليه فيضمنه لأنه متعد باستعماله متسبب إلى إتلاف حق غيره

فصل : فإن حفر إنسان بئرا في ملكه فوقع فيها إنسان أو دابة فهلك به وكان الداخل دخل بغير إذنه فلا ضمان على الحافر لأنه لا عدوان منه وإن دخل بإذنه والبئر بينة مكشوفة والداخل بصير يبصرها فلا ضمان أيضا لأن الواقع هو الذي أهلك نفسه فأشبه ما لو قدم إليه سيف فقتل به نفسه وإن كان الداخل أعمى أو كانت في ظلمة لا يبصرها الداخل أو غطى رأسها فلم يعلم الداخل بها حتى وقع فيها فعليه ضمانه وبهذا قال شريح و الشعبي و النخعي و حماد و مالك وهو أحد الوجهين لأصحاب الشافعي وقال في الآخر : لا يضمنه لأنه هلك نفسه

ولنا أنه تلف بسببه فضمنه كما لو قدم له طعاما مسموما فأكله وبهذا ينتقض ما ذكروه وإن اختلفا فقال صاحب الدار : ما أذنت لك في الدخول وادعى ولي الهالك أنه أذن له فالقول قول المالك لأنه منكر وإن قال : كانت مكشوفة وقال الآخر كانت مغطاة فالقول قول ولي الواقع لأن الظاهر معه فإن الظاهر أنها لو كانت مكشوفة لم يسقط فيها ويحتمل أن القول قول المالك لأن الأصل براءة ذمته فلا تشتغل بالشك ولأن الأصل عدم تغطيتها

فصل : وإذا بنى في ملكه حائطا مائلا إلى الطريق أو إلى ملك غيره فتلف به شيء وسقط على شيء فأتلفه ضمنه لأنه متعد بذلك فإنه ليس له الانتفاع بالبناء في هواء ملك غيره أو هواء مشترك ولأنه يعرضه للوقوع على غيره في غير ملكه فأشبه ما لو نصب فيه منجلا يصيد به وهذا مذهب الشافعي ولا أعلم

فيه خلافا وإن بناه في ملكه مستويا أو مائلا إلى ملكه فسقط من غير استهدام ولا ميل فلا ضمان على صاحبه فيما تلف به لأنه لم يتعد ببنائه ولا حصل منه تفريط بابقائه وإن مال قبل وقوعه إلى ملكه ولم يتجاوزه فلا ضمان عليه لأنه بمنزلة بنائه مائلا في ملكه وإن مال قبل وقوعه إلى هواء الطريق أو إلى ملك إنسان أو ملك مشترك بينه وبين غيره نظرنا فإن لم يمكنه نقضه فلا ضمان عليه لأنه لم يتعد ببنائه ولا فرط في ترط نقضه لعجزه عنه فأشبه ما لو سقط من غير ميل فإن أمكنه نقضه فلم ينقضه لم يخل من حالين : أحدهما : أن يطالب بنقضه والثاني : أن لايطالب به فإن لم يطالب به لم يضمن في المنصوص عن أحمد وهو ظاهر كلام الشافعي ونحوه قال الحسن و النخعي و الثوري وأصحاب الرأي لأنه بناه في ملكه والميل حادث بغير فعله فأشبه ما لو وقع قبل ميله وذكر بعض أصحابنا فيه وجها آخر أن عليه الضمان وهو قول ابن أبي ليلى و أبي ثور و إسحاق لأنه متعد بتركه مائلا فضمن ما تلف به كما لو بناه مائلا إلى ذلك ابتداء ولأنه لو طولب بنقضه فلم يفعل ضمن ما تلف ولو لم يكن ذلك موجبا للضمان لم يضمن بالمطالبة كما لو لم يكن مائلا أو كان مائلا إلى ملكه وأما إن طولب بنقضه فلم يفعل فقد توقف أحمد عن الجواب فيها وقال أصحابنا : يضمن وقد أومأ إليه أحمد وهو مذهب مالك ونحوه قال الحسن و النخعي و الثوري وقال أبو حنيفة : الاستحسان أن يضمن لأن حق الجواز للمسلمين وميل الحائط يمنعهم ذلك فلهم المطالبة بإزالته فإذا لم يزله ضمن كما لو وضع عدلا على حائط نفسه فوقع في ملك غيره فطولب برفعه فلم يفعل حتى عثر به إنسان وفيه وجه آخر : لا ضمان عليه قال أبو حنيفة : وهو القياس لأنه بناه في ملكه ولم يسقط بفعله فأشبه ما لو لم يطالبه بنقضه أو سقط قبل ميله أو لم يمكنه نقضه ولأنه لو وجب الضمان لم تشترط المطالبة كما لو بناه مائلا إلى غير ملكه فإن قلنا عليه الضمان إذا طولب فإن المطالبة من كل مسلم أو ذمي توجب الضمان إذا كان ميله إلى الطريق لأن لكل واحد منهم حق المرور فكانت له المطالبة كمالو مال الحائط إلى ملك جماعة كان لكل واحد منهم المطالبة وإذا طالب واحد فاستأجله صاحب الحائط أو أجله له الإمام لم يسقط عنه الضمان لأن الحق لجميع المسلمين فلا يملك واحد منهم إسقاطه وإن كانت المطالبة لمتسأجر الدار أو مرتهنها أو مستعيرها ومستودعها فلا ضمان عليهم لأنهم لا يملكون النقض وليس الحائط ملكا لهم وإن طولب المالك في هذه الحال فلم يمكنه استرجاع الدار ونقض الحائط فلا ضمان عليه لعدم تفريطه وإن أمكنه استرجاعها كالمعسر والمودع والراهن إذا امكنه فكاك الرهن فلم يفعل ضمن لأنه أمكنه النقض وإن كان المالك محجورا عليه لسفه أو صغر أو جنون فطولب هو لم يلزمه الضمان لأنه ليس أهلا للمطالبة وإن طولب وليه أو وصيه فلم ينقضه فالضمان على المالك لأن سبب

الضمان ماله فكان الضمان عليه دون المتصرف كالوكيل مع الموكل وإن كان الملك مشتركا بين جماعة فطولب أحدهم بنقضه احتمل وجهين : أحدهما : لا يلزمه شيء لأنه لا يمكنه نقضه بدون إذنهم فهو كالعاجز عن نقضه

والثاني : يلزمه بحصته لأنه يتمكن من النقض بمطالبة شركائه وإلزامهم النقض فصار بذلك مفرطا وأما إن كان ميل الحائط إلى ملك آدمي معين إما واحد وإما جماعة فالحكم على ما ذكرنا إلا أن المطالبة للمالك أو ساكن الملك الذي مال إليه دون غيره وإن كان لجماعة فأيهم طالب وجب النقض بمطالبته كما لو طالب واحد بنقض المائل إل الطريق إلا أنه متى طالب ثم أجله صاحب الملك أو ابرأه منه أو فعل ذلك ساكن الدار التي مال إليها جاز لأن الحق له وهو يملك إسقاطه وإن مال إلى درب غير نافذ فالحق لأهل الدرب والمطالبة لهم لأن الملك لهم ويلزم النقض بمطالبة أحدهم ولا يبرأ بإبرائه وتأجيله إلا أن يرضى بذلك جميعهم لأن الحق لجيمعهم

فصل : وإذا تقدم إلى صاحب الحائط بنقضه فباعه مائلا فلا ضمان على بائعه لأنه ليس بملك له ولا على المشتري لأنه لم يطالب بنقضه وكذلك إن وهبه وأقبضه وإن قلنا بلزوم الهبة زال الضمان عنه بمجرد العقد وإذا وجب الضمان وكان التالف به آدميا فالدية على عاقلته فإن أنكرت عاقلته كون الحائط لصاحبهم لم يلزمهم العقل إلا أن يثبت ذلك ببينة لأن الأصل عدم الوجوب عليهم فلا يجب بالشك وإن اعترف صاحب الحائط لزمه الضمان دونهم لأن العاقلة لا تحمل اعترافا وكذلك إن أنكروا مطالبته بنقضه فالحكم على ما ذكرنا وإن كان الحائط في يد صاحبهم وهو ساكن في الدار لم يثبت بذلك الوجوب عليه لأن دلالة ذلك على الملك من جهة الظاهر لا تثبت به الحقوق وإنما ترجح به الدعوى

فصل : وإن لم يمل الحائط لكن تشقق فإن لم يخش سقوطه لكون شقوقه بالطول لم يجب نقضه وكان حكمه في هذا حكم الصحيح لأنه لم يخف سقوطه فأشبه الصحيح وإن خيف وقوعه مثل ان تكون شقوقه بالعرض فحكمه حكم المائل لأنه يخاف منه التلف فأشبه المائل ." (١)

" فصل دية الوجه إذا لطمه فغير لونه

فصل : وإن لطمه على وجهه فلم يؤثر في وجهه فلا ضمان عليه لأنه لم ينقص به جمال ولا منفعة ولم يكن له حال ينقص فيها فلم يضمنه كما لو شتمه وإن سود وجهه أو خضره ضمنه بديته لأنه فوت الجمال على الكمال فضمنه بديته كما لو قطع أذني الأصم وأنف الأخشم وقال الشافعي : ليس فيه إلا

(١) المغني، المؤلف غير معروف ٥٦٥/٩

حكومة لأنه لا مقدر فيه ولا هو نظير لمقدر وقد ذكرنا أنه نظير لقطع الأذنين في ذهاب الجمال بل هو أعظم في ذلك فيكون بإيجاب الدية أولى وإن زال السواد يرد ما أخذه لزوال **سبب الضمان** وإن زال بعضه وجبت فيه حكومة ورد الباقي وإن صفر وجهه أو حمره ففيه حكومة لأن الجمال لم يذهب على الكمال وهذا يشبه ما لو سود سنة أو غير لونها على ما ذكرنا من التفصيل فيها ." (١)

"(بإذنه) أي المضمون عنه له فيهما لانه صرف ماله إلى منفعة الغير بإذنه، هذا إذا أدى من ماله.

أما لو أخذ من سهم الغارمين فأدى به الدين فإنه لا يرجع كما ذكروه في قسم الصدقات وإن انتفى إذنه في الضمان والاداء فلا رجوع له لتبرعه، فإن أذن في الضمان فقط وسكت عن الاداء رجع في الاصح لانه أذن في سبب الاداء، ولا يرجع إذا ضمن بغير الاذن وأدى بالاذن لان وجوب الاداء **بسبب الضمان** ولم يأذن فيه.

نعم لو أدى بشرط الرجوع رجع كغير الضامن، وحيث ثبت الرجوع فحكمه حكم القرض حتى يرجع في المتقوم بمثله صورة كما قاله القاضي حسين.

ومن أدى دين غيره بإذن ولا ضمان رجع وإن لم يشرط الرجوع للعرف بخلاف ما إذا أداه بلا إذن لانه متبرع، وإنما يرجع مؤد ولو ضامنا إذا أشهد بذلك ولو رجلا ليحلف معه لان ذلك حجة، أو أدى بحضرة مدين ولو مع تكذيب الدائن أو غيبته لكن صدقه الدائن لسقوط الطلب بإقراره.

القول في ضمان المجهول (ولا يصح ضمان) الدين (المجهول) قدره أو قيمته أو صفته لانه إثبات مال في الذمة بعقد، فأشبه البيع إلا في إبل دية فيصح ضمانها مع الجهل بصفتها لانها معلومة السن والعدد ولانه قد اغتفر ذلك في إثباتها في ذمة الجاني فيغتفر في الضمان ويرجع في صفتها إلى غالب إبل البلد.

(ولا) يصح ضمان (ما لم يجب) كضمان ما سيقرضه زيدا، ونفقة الزوجة المستقبلة، وتسليم ثوب رهنه شخص ولم يتسلمه كما قاله في الروضة (إلا) ضمان (درك المبيع) أو الثمن بعد قبض ما يضمن كأن يضمن لمشتر الثمن أو لبائع المبيع.

إن خرج مقابله مستحقا أو مبيعا ورد أو ناقصا، لنقص صفة شرطت أو صنجة أي وزن ورد وذلك للحاجة إليه.

وما وجه به القول ببطلانه من أنه ضمان ما لم يجب.

---

(١) المغني، المؤلف غير معروف ٩/٦٦٦

أجيب عنه بأنه إن خرج المقابل كما ذكر تبين وجوب رد المضمون، ولا يصح قبل قبض المضمون لانه إنما يضمن ما دخل في ضمان البائع أو المشتري.

تتمة: لو صالح الضامن عن الدين المضمون بما دونه كأن صالح عن مائة ببعضها أو بثوب قيمته دونها لم يرجع إلا بما غرم لانه الذي بذله.

نعم لو ضمن ذمي لذمي دينا على مسلم ثم تصالحا على خمر لم يرجع لتعلقها بالمسلم ولا قيمة للخمر عنده، وحوالة الضامن المضمون له كالاداء في ثبوت الرجوع وعدمه، ولو ضمن اثنان ألفا لشخص كان له مطالبة كل منهما بالالف لان كلا منهما ضامن للالف على المكفول، قاله المتولي.

فصل: في كفالة البدن وتسمى أيضا كفالة الوجه.

وهي بفتح الكاف اسم لضمان الاحضار دون المال (والكفالة بالبدن) أي ببدن من يستحق حضوره مجلس الحكم." (١)

" ذلك إلى القبض ، لمنطوق ما تقدم عن ابن عمر .

١٩٠٨ وعن عائشة رضي الله عنها أن النبي قضى (أن الخراج بالضمان) رواه الخمسة ، أي : حاصل أو ثابت بسبب الضمان ، وفي رواية : أن رجلا ابتاع غلاما فاستعمله ، ثم وجد به عيبا ، فرده بالعيب ، فقال البائع : غلة عبدي ؟ فقال النبي : (الغلة بالضمان) رواه أحمد ، وأبو داود وظاهره أن المبيع المتعين من ضمان المشتري ، لأنه جعل خراجه له ، بسبب أن ضمانه عليه .

(والثانية) افتقار ذلك إلى القبض ، حكاها جماعة منهم أبو الخطاب في الانتصار ، وأخذها من قول أحمد في رواية الأثرم : إن الصبر لا تباع حتى تنقل . قال : وهي معينة كالعبد والثوب . وأظهر من هذا أخذها من رواية مهنا ، فيمن تزوج امرأة على غلام بعينه ، ففقئت عين الغلام ولم تقبضه فهو على الزوج ، وهذه قال في التلخيص : إنها اختيار ابن عقيل ، والذي في الفصول تصحيح الأولى ، ثم إنه حكى عن أبي بكر ما يقتضي تأويل الثانية ، واختار هو أنها على ظاهرها ، وأن عليها لا يكون الضمان على المشتري ، وهذا ليس منه اختيارا للرواية ، إنما فيه إثباتها ، نعم هو يختار أنه لا يجوز التصرف في ذلك قبل قبضه .

١٩٠٩ وبالجملة استدل لهذه الرواية بما روي عن ابن عمر رضي الله عنهما قال : ابتعت زيتا في السوق ، فلما استوجبته لقيني رجل فأعطاني به ربحا حسنا ، فأردت أن أضرب على يده ، فأخذ رجل من

---

(١) الإقناع، المؤلف غير معروف ٢٩٠/١

خلفي بذراعي ، فالتفت فإذا زيد بن ثابت ، فقال : لا تبعه حيث ابتعته حتى تحوزه إلى رحلك ، فإن رسول الله نهى أن تباع السلع حيث تبتاع ، حتى يحوزها التجار إلى رحالهم ، رواه أحمد ، وأبو داود .

١٩١٠ وعن حكيم بن حزام رضي الله عنه قال : قلت : يا رسول الله إني أبتاع هذه البيوع ، فما يحل لي منها وما يحرم علي ؟ قال (يا ابن أخي إذا اشتريت بيعا فلا تبعه حتى تقبضه) رواه البيهقي في سننه .

(والرواية الثالثة) : أن المفتقر من ذلك إلى القبض هو الطعام ، وإن كان غير مكيل ولا موزون ، على ظاهر ما نقله أحمد بن الحسين الترمذي ، وقد سأله عن بيع الفاكهة قبل القبض ، فقال : في هذا شيء إن خرج مخرج الطعام ، لأن الحديث في الطعام ، وأصرح من هذا رواية الأثرم ، وسأله عن قوله : نهى عن ربح ما لم يضمن . قال : هذا في الطعام وما أشبهه ، من مأكول ، أو مشروب ، فلا تبعه حتى تقبضه ،

." (١)

"القابض على التصرف فيها قد حصلت الحيولة بينها وبين المالك فيجئ فيها خلاف المغصوب والمجحود وهذا الطريق هو الذى أورده في الكتاب وكلام العراقيين يعر بتخريج الوجوء كلها بعد تسليم زوال الملك عن المعجل وكيف ما كان فالظاهر عند المعظم أنه يجب تجديد الزكاة.

ولو كان المخرج تالفا في يد القابض فقد صار الضمان دينا عليه فان أو جبنا تجديد الزكاة إذا كان باقيا فيجئ ههنا قولا وجوب الزكاة في الدين هذا في الدين وفي المواشي لا تجب الزكاة بحال لان الواجب علي القابض القيمة فلا يكمل بها نصاب المشاية.

وروى القاضي ابن كج عن ابن اسحق اقامة القيمة مقام العين ههنا مراعاة لجانب المساكين وقوله في اول الفصل ولو لم يملك الا اربعين فعجل واحدة فاستغنى القابض أي بغير الزكاة وذكر الاستغناء مثالا والحكم لا يختص به بل الموت وسائر الطوارئ في معناه (وقوله) بخلاف ما إذا وقع المخرج عن الزكاة لان الم خرج كالباقي للزكاة أي المخرج للزكوة إذا وقع عن الزكاة كالباقي.

فاما إذا طرأ مانع فلا يجعل كالباقي وهكذا ذكر صاحب التهذيب في فرع سنذكره على الاثر لكن ما حكينا عن العراقيين في توجيه الوجه الثاني ينازع فيه ويصرح بكونه كالباقي وان لم يقع عن الزكاة * (فرع) لو عجل

---

(١) شرح الزركشي، المؤلف غير معروف ٥٣/٢

بنت مخاض عن خمس وعشرين من الابل فبلغت بالتوالد ستا وثلاثين قبل الحول فلا يجزئه بنت المخاض المعجلة وان صارت بنت لبون في يد القابض بل يستردها ويخرجها ثانيا أو بنت لبون أخرى.

قال صاحب التهذيب من عنده: فان كان المخرج هالكا والنتاج لم يزد علي أحد عشر ولم تكن ابله ستا وثلاثين الا مع المخرج وجب ان لا تجب بنت لبون لانا انما نجعل المخرج كالقائم إذا وقع محسوبا عن الزكاة أما إذا لم يقع محسوبا فلا بل هو كهلاك بعض المال قبل الحول * قال (القسم الثالث في تأخير الزكاة وهو **سبب الضمان** (ح) والعصيان (ح) عند التمكن وان تلف النصاب بعد الحول وقبل التمكن فلا زكاة) *

إذا تم الحول على المال الذى يشترط في زكاته الحول وتمكن من الاداء فأخر عصى لما تقدم أن الزكاة علي الفور ويدخل في ضمانه حتي لو تلف المال بعد ذلك لزمه الضمان سواء تلف بعد مطالبة الساعي أو الفقراء أو قبل ذلك وعند ابي حنيفة رحمه الله تسقط الزكاة ولا ضمان * إن كان التلف قبل المطالبة.

وان كان بعدها فلا صحابه فيه اختلاف * لنا انه قصر بحبس الحق عن المستحق فلزمه ضمانه ولو تلف ماله بعد الحول وقبل التمكن فلا شئ كما لو دخل وقت الصلاة فعرض له جنون أو نحوه قبل التمكن من فعلها أو ملك الزاد والراحلة ولم يتمكن." (١)

"من فعل الحج.

وان اتلفه بنفسه بعد الحول وقبل التمكن لم تسقط عنه الزكاة لتقصيره باتلافه وعن مالك انه ان لم يقصد بالاتلاف الفرار عن الزكاة تسقط وان اتلفه غيره فينبنى علي اصل سيأتي وهو ان الامكان من شرائط الوجوب أو من شرائط الضمان ان قلنا بالاول فلا زكاة كما لو اتلف قبل الحول وان قلنا بالثاني وقلنا مع ذلك الزكاة تتعلق بالذمة فلا زكاة ايضا لانه تلف قبل حصول شرط الاستقرار وان قلنا تتعلق بالعين انتقل حق المستحقين الي القيمة كما إذا قتل العبد الجاني أو المرهون ينتقل الحق الي القيمة (وقوله) في الكتاب هو **سبب الضمان** والعصيان معلم بالحاء لما ذكرنا ويجوز ان يعلم قوله فلا زكاة بالالف لان صاحب الشامل حكى عن احمد انه لا تسقط الزكاة كما لو اتلفه * قال (وإن ملك خمسا من الابل فتلف قبل التمكن واحد فأحد القولين أنه يسقط كل الزكاة كما لو تلف قبل الحول لان الامكان شرط للوجوب (و‌ا‌ل‌اصح) أنه لا يسقط إلا خمس شاة لان الامكان شرط الضمان وعلي هذا لو ملك تسعا فتلف أربع قبل التمكن فالجديد أن الزكاة لا تسقط عن الوقص فلا يسقط بسببه شئ من الزكاة.

---

(١) الشرح الكبير للرافعي، المؤلف غير معروف ٥/٥٤٦

وعلي القديم يسقط أربعة أتساع شاة) * مسألتا الفصل مبنيتان علي أصلين (أحدهما) أن امكان الاداء من شرائط الضمان وهل هو مع ذلك من شرائط الوجوب فيه قولان (احدهما) ويحكى عن القديم وبه قال مالك أنه من شرائط

الوجوب كما في الصوم والصلاة والحج لانه لو تلف قبل الامكان سقطت الزكاة ولو وجبت لما سقطت وبهذا أجاب في المختصر في مواضع (وأصحهما) عند ابن سريج وجمهور الاصحاب وهو قوله في الاملاء ومذهب أبى حنيفة رحمه الله أنه ليس الا من شرائط الضمان لانه لو تلف المال بعد الحول لا تسقط عنه الزكاة ولولا الوجوب لسقطت كما لو تلف قبل الحول.

واحتج كثيرون لهذا القول بأنه لو تأخر الامكان مدة فابتداء الحول الثاني يحسب من تمام الحول ال١ول لامن حصول الامكان وبأنه لو حدث نتاج بعد الحول وقبل الامكان يضم الي الاصل في الحول الثاني دون الاول وهذا جرى منهم في المسألة الثانية علي أظهر الطريقين وقد قدمنا في فصل النتاج أن من الاصحاب من بنى المسألة علي القولين في الامكان.

وعند مالك ابتداء الحول الثاني من وقت حصول الامكان والنتاج الحادث من وقت حصول الامكان مضموم إلى الاصل في الحول الاول وعبر صاحب التتمة عن تحقيق هذا الخلاف بأنا إذا قلنا الامكان من شرائط الوجوب فهو علي." (١)

"أو له وعجيب أن يكون نقل القولين صوابا ثم يغفل عنه كل من عداه من الاصحاب وهو أيضا في غير هذا الكتاب (وأما) جواز التبديل بما ذكرت فلان القولين في أن ما صيد للمحرم أو بدلالته أو باعانته لو أكل منه هل يلزمه جزاؤه مشهوران (أحد) القولين وهو القديم وبه قال مالك واحمد رحمهما الله انه يلزمه القيمة بقدر ما أكل لان الاكل فعل محرم في الصيد فيتعلق به الجزاء كالقتل ويخالف ما لو ذبحه وأكله حيث لا يلزم بالاكل جزاء لان وجوبه بالذبح اغنى عن جزاء آخر (والجديد) انه لا يلزم لانه ليس بنام بعد الذبح ولا يؤول إلى النماء فلا يتعلق باتلافه الجزاء كما لو اتلف بيضة مذرة * (واعلم) أن هذه المسالة مذكورة في الكتاب من بعد وتبديل اللفظ يفضى الي التكرار لكنى لا أدرى على ماذا يحمل ان لم يحتمل التكرار * ولو امسك محرم صيدا حتي قتله غيره نظر ان كان حلالا فيجب الجزاء علي المحرم لتعدية بالامساك ,والتعريض للقتل وهل يرجع به علي الخلاف * قال الشيخ أبو حامد لا لانه غير ممنوع من التعرض للصيد و قال القاضى أبو الطيب نعم * هذا ما أورده في التهذيب وشبهه

---

(١) الشرح الكبير للرافعي، المؤلف غير معروف ٥/٥٤٧

بما إذا غصب شيئا فاتلفه متلف في يده يضمن الغاصب ويرجع على المتلف وإن كان محرما أيضا فوجهان (أظهرهما) أن الجزاء كله على القاتل لانه مباشر ولا أثر للامساك مع المباشرة (والثاني) أن لكل واحد من الفعلين مدخلا في الهلاك فيكون الجزاء بينهما نصفين وقال في العدة الصحيح أن الممسك يضمنه باليد والقاتل يضمنه بالاتلاف فان أخرج الممسك الضمان رجع به على المتلف وان أخرج المتلف لم يرجع على الممسك (المسالة الثانية) إذا ذبح المحرم صيدا لم يحل له الاكل منه وهل يحل الاكل منه لغيره فيه قولان (الجديد) وبه قال أبو حنيفة ومالك وأحمد رحمهم الله أنه ميتة لانه ممنوع من الذبح لمعنى فيه فصار كذبيحة المجوسى فعلى هذا لو كان مملوكا وجب مع الجزاء القيمة للمالك (والقديم) أنه لا يكون ميتة ويحل لغيره الاكل منه لان من يحل بذبحه الحيوان الانسى يحل بذبحه الصيد كالحلال فعلى هذا لو كان الصيد مملوكا فعليه مع الجزاء ما بين قيمته حيا ومذبوحا للمالك وهل يحل له بعد زوال الاحرام فيه وجهان (أظهرهما) لا وفى صيد الحرم إذا ذبح طريقان (أظهرهما) طرد القولين والآخر القطع بالمنع والفرق أن صيد الحرم منع منه جميع الناس في جميع الاحوال فكان آكد تحريما وليكن قوله وكذا صيد الحرم معلما بالواو لمكان الطريقة الاخرى * قال (واثبات اليد عليه سبب الضمان الا ئاذا كان في يده فاحرم ففى لزوم رفع اليد قولان فان قلنا يلزم ففى زوال ملكه قولان وإن قلنا لا يلزم فلو قتله ضمن لانه ابتداء اتلاف * ولو." (١)

"ولما فسر في الابواب بتفاسير اختلف اعتبار الحفر مع التردي فسمى الحفر ههنا وفى الديات سببا وامتنع منه في أول الجراح واقتصر على تسميته شرطا وفى الجملة فيكفى للتأثير في الاموال مالا يكتفى به للتأثير في القصاص والحكم المقصود لا يختلف باختلاف التعبيرات والاصطلاحات ولكن كان الاحسن الاستمرار على تفسير واحد وتعليق الاحكام عليه ثم انه اندفع في بيان صور من مسمى المباشرة والتسبب والمباشرة لقتل والاكل والاحراق ومن التسبب الاكراه على اتلاف مال الغير فان الاكراه مما يقصد لتحصيل الاتلاف ومنه ما إذا حفر بئرا في محل عدوانا فتردت فيها بهيمة أو عبد أو حر فان رداه غيره لضمان على المردى لان المباشرة تتقدم على السبب والكلام فيه وفى موضع عد ان الحفر يستقصى في الجنايات ان شاء الله تعالى (وقوله) في الكتاب والموجب وهو ثلاثة ظاهره يقتضى حصر أسباب الضمان في الثلاثة وقد يقال كيف حصرها في الثلاثة وله أسباب أخر الاستيام والاستعارة وغيرها (والجواب) انه يجوز أن يريد الاسباب الذى ضمنها قدما الاصحاب هذا الباب فاما ما عداها فلها مواضع مفردة (وقوله) التفويت المباشرة أو السبب أو إثبات اليد العادية إدخال أو في السبب حسن لانه طريق للتفويت كما أن

(١) الشرح الكبير للرافعي، المؤلف غير معروف ٤٩٤/٧

المباشرة طريق لكن ادخالها في اثبات اليد العادية لا يحسن لانه سبب للضمان برأسه لا لانه طريق للتفويت (وقوله) وحد المباشرة إيجاد علة التلف أي مباشرة التفويت ولفظ الايجاد لا يستحبه المتكلم الا أن المعنى فيه مفهوم وأراد بعلة التلف ما ذكرنا من أنه يضاف إليه التلف في العرف وانما قلنا انه اضافة حقيقية لان الهلاك قد يضاف إلى السبب فيقال هلك مال فلان بسعاية فلان لكنه مجاز بدليل." (١)

"قال (أما الولد فهو رقيق لانسب له ان كان عالما وان كان جاهلا انعقد على الحرية وضمن المشترى قيمته ورجع به على الغاصب إذ الشراء لا يوجب ضمان الوالد.

وان انفصل الولد ميتا فلا ضمان لان الحياة لم تتيقن وان سقط ميتا بجناية جان يجب الضمان لانه انفصل مضمونا وقد قدر الشارع حياته وضمانه عشر قيمة الام.

وقيل في هذه الصورة يجب أقل الامرين من عشر قيمه الام أو الغرة إذا وجب الضمان بسببها فلا يزيد عليها).

الضرب الثاني الوطئ المحبل سواء وجد من الغاصب أو من المشتري منه فينظر إن كان عالما بالتحريم فالولد رقيق للمالك غير نسيب لكونه زانيا وان انفصل حيا فهو مضمون على الغاصب وان انفصل ميتا بجناية جان فبدله لسيده وان انفصل ميتا من غير جناية ففي وجوب الضمان على الغاصب وجهان (أحدهما) وهو ظاهر النص الوجوب لثبوت اليد عليه تبعا لثبوت اليد على الام ويحكي هذه عن الانماطي وأبي الطيب بن سلمة واختاره القفال (والثاني) المنع وبه قال أبو إسحق واختاره الشيخ أبو محمد والامام وصاحب التهذيب لان جنايته غير منتفية وسبب الضمان هلاك رقيق تحت يده ويجرى الوجهان في حمل البهيمة المغصوبة إذا انفصل ميتا وان أو جبنا الضمان فنوجب قيمته يوم الانفصال لو كان حيا في ولد الجارية والبهيمة سواء وخرج الامام وجها آخر في ولد الجارية أنه يضمن." (٢)

"الغرة ويعبر عنه بأن الواجب أقل الامرين من العشر والغرة ووجهه أن مثبت وجوب الضمان يقدمه عليه فلا يضمن فوق ما يحصل له وان انفصل ميتا بجناية الغاصب نفسه لزمه الضمان لان ما وجد منه بسبب الضمان الا أنه لا يستحق على نفسه شيئا ولو أحبل الغاصب الجارية مات وخلف أباه ثم انفصل الجنين ميتا بجناية جان فالغرة تكون لجد الجنين وعن القاضي أنه يضمن للمالك ما كان يضمنه الغاصب لو كان حيا وعنه أنه لو كان مع الغاصب أم أم الجنين فورثت سدس الغرة يقطع النظر عنه وينظر إلى عشر

(١) الشرح الكبير للرافعي، المؤلف غير معروف ٢٤٢/١١

(٢) الشرح الكبير للرافعي، المؤلف غير معروف ٣٣٥/١١

قيمة الام وخمسة أسداس الغرة وكأنها كل الغرة والجوابان يختلفان فرأى الامام اثبات احتمالين في الصورتين فصار في أحدهما إلى أن من يملك الغرة ينبغي أن يضمن للمالك ويستبعد في." (١)

"تلفت عنده وجب أقصى القيم ودخل فيه نقصان الولادة وأرش البكارة ولو ردها وهى حبلى فماتت في يد المالك من الولادة ذكر أبو عبد الله القطان في المطارحات أنه لا شئ عليه في صورة العلم لان الولد ليس منه حتى يقال ماتت من ولادة ولده وان في صورة الجهل قولين (واعلم) أن لوجوب الضمان في هذه الصورة مأخذين (أحدهما) أنه أحبل جارية الغير اما بالشبهة أو بالزنا وفي كونه سببا

للضمان ما قدمناه في المرتهن (والثاني) أنه يحصل نقصان الحمل تحت اليد وذلك سبب الضمان وان وجد أثره بعد الرد إلى المالك كما لو جنى المغصوب عند الغاصب فرده ثم بيع في يد المالك وأطلق صاحب التتمة القول بوجوب الضمان للمأخذ الثاني (وقوله) في الكتاب ويضمن المشترى قيمته." (٢)

" ٢٢٣٥ - من قال حين دخل السوق الخ قال الطيبي انما خص السوق بالذكر لأنه مكان الاشتغال عن الله وعن ذكره بالتجارة والبيع والشراء فمن ذكر الله تعالى فيه دخل في زمرة من قيل في حقهم رجال لا تلهيهم تجارة ولا بيع عن ذكر الله مصباح الزجاجة للسيوطي

٢٢٣٦ - في البكور البكور والتبكير الفعل أول الوقت والمراد هنا أول النهار

٢ - قوله

٢٢٣٩ - بيع المصراة اسم مفعول من التصرية يقال صريت الناقة بالتخفيف وصريتها بالتشديد وأصريتها إذا حفتلها كذا في العيني والتصرية حبس اللبن في ضروع الإبل والغنم لتباع كذلك يغتر بها المشتري والمصراة هي التي تفعل بها ذلك وهي المحفلة لمعات

٣ - قوله فهو بالخيار ثلاثة أيام الخ قال العيني ظاهر الحديث ان الخيار لا يثبت الا بعد الحلب والجمهور على انه إذا علم بالتصرية ثبت له الخيار ولو لم يحلب لكن لما كان التصرية لا يعرف غالبا الا بعد الحلب ذكر قيدا في ثبوت الخيار انتهى قال الشيخ في اللمعات اعلم ان ثبوت الخيار في المصراة ورد صاع من تمر أو طعام هو مذهب الشافعي ومالك وأحمد وأبي يوسف مع خلاف مذهب أحمد في أنه يجب على الفور أو بعد ثلاثة أيام وأما مذهب أبي حنيفة وطائفة من العراقيين ومالك في رواية انه إنما

---

(١) الشرح الكبير للرافعي، المؤلف غير معروف ١١/٣٣٧

(٢) الشرح الكبير للرافعي، المؤلف غير معروف ١١/٣٤٠

يثبت بالشرط لا بدونه ولا يجب رد صاع لأنه يخالف القياس الصحيح من كل وجه لأن الأصل ان الشيء إنما يضمن بالمثل أو بالقيمة في باب العد وإنات أو بالثمن في باب البياعات الصحيحة وهذا ثابت بالكتاب والسنة والإجماع والقياس الصحيح يقتضي وجوب القيمة والتمر ليس بقيمة اللبن قطعا ولا ثمنه ولا مماثلة بينهما صورة ولا معنى اما من حيث الصورة فظاهر وأما من حيث المعنى فلان المثل من حيث المعنى لجميع الأشياء إنما هو الدراهم والدنانير فيكون العمل به موجبا لاسنداد باب القياس الصحيح والأصل عندنا ان كان الراوي معروفا بالعدالة والحفظ والضبط دون الفقه والاجتهاد مثل أبي هريرة رض وأنس بن مالك رض فإن وافق حديثه القياس قيل به والا ترك الا لضرورة وتمامه في أصول الفقه انتهى

٤ – قوله

٢٢٤٠ – من باع محفلة هي الشاة أو البقرة أو الناقة لا يحلبها صاحبها أياما حتى يجتمع لبنها في ضرعها فإذا احتلبها المشتري حسبها عزيزة فزاده في ثمنها ثم يظهر له بعد ذلك نقص لبنها عن أيام تحفيلها وسميت محفلة لأن اللبن حفل في ضرعها أي جمع مصباح الزجاجة

٥ – قوله

٢٢٤٢ – أن خراج العبد بضمانة قال الترمذي تفسير الخراج بالضمان هو الرجل الذي يشتري العبد فيستغله ثم يجد به عيبا فيرده على البائع فالغلة للمشتري لأن العبد لو هلك هلك من مال المشتري ونحو هذا من المسائل يكون فيه الخراج بالضمان انتهى قوله هلك من مال المشتري أي لم يكن له على البائع شيء أي الخراج مستحق **بسبب الضمان** مجمع

٦ – قوله

٢٢٤٣ – قد استغل غلامي أي اخذ الغلة والاجرة من الغلام المشتري والغلة الدخلة من كراء دار وأجرة غلام وفائدة أرض كذا في القاموس وصورة المسئلة اشترى رجل غلاما وبقي عنده أياما ثم وجد به عيبا أورده بشرط الخيار فكسب العبد الذي اكتسب عند المشتري للمشتري لأنه إذا هلك في هذه الأيام عند المشتري لم يرجع على البائع لأنه كان في ضمان المشتري والباء في بالضمان متعلقة بمحذوف تقديره الخراج مستحق بالضمان كذا ذكره الطيبي

٧ – قوله

٢٢٤٤ – عهدة الرقيق ثلاثة أيام أي ذمة العبد على البائع الى ثلاثة أيام أي ان المشتري يملك الرد على البائع بوجدان العيب الى ثلاثة أيام ويسعه الرد فيه وأما بعد ثلاثة أيام فلا فلعل هذا محمول على

العيوب التي تتبين في قليل من المدة وأما العيوب التي تعرف بالممارسة أو البرهان بأنها كانت عند البائع فله الرد متى ظهرت عند الحنفية والله أعلم وفي بعض الحواشي ناقلا عن النهاية ما أصاب المشتري من عيب في الأيام الثلاثة فهو من مال البائع ويرد ان شاء بلا بنية فإن وجد به عيبا بعد الثلاثة فلا يرد الا ببينة قلت والحديث مضطرب المتن أيضا فإن في رواية سمرة ثلاثة أيام وفي رواية عقبة بن عامر لا عهدة بعد أربع والعمل على هذا الحديث مشكل والله أعلم إنجاح الحاجة

٨ قوله ." (١)

"يستطيع سداده.

٢ - غارم لمصلحة غيره، كمن عليه دين **بسبب الضمان.**

فإذا كان الضامن والمضمون عنه معسرين فيعطى من الزكاة لسداد هذا الدين.

٣ - الغارم لإصلاح ذات البين، كمن يصلح بين قبيلتين مختلفتين بماله، فهذا يعطى من الزكاة، سواء كان غنيا أو فقيرا؛ تشجيعا له على مكارم الأخلاق، وصنائع المعروف، ولئلا تقل الرغبة في الإحسان والمواساة.

٧ - في سبيل الله: وهم الغزاة المجاهدون في سبيل الله.

وسبيل الله الذي تدفع فيه الزكاة أربعة أضرب:

١ - الغزاة في سبيل الله، وهؤلاء يعطون من الزكاة إذا لم يكن لهم راتب من الإمام، أولهم راتب لا يكفيهم، فيعطون ما يتجهزون به للغزو، وما يعينهم على الجهاد في سبيل الله.

٢ - عدة القتال وما يحتاجه المجاهدون من آلات وسلاح، فيصرف من الزكاة لشراء ما يحتاجه المجاهدون من سيارات، وأسلحة تعينهم على قتال عدوهم من الكفار.

٣ - الدعاة إلى الله، والمبلغون لديںه، والمعلمون لكتابه وشرعه، والمتفرغون لطلب العلم، فيعطون من الزكاة إذا كانوا فقراء، وليس لهم مرتب من الإمام، أو لهم رزق لا يكفيهم.

ويصرف من الزكاة لكل ما يعين على الدعوة، ونشر العلم، من طبع المصاحف، وكتب العلم النافعة ونحو ذلك.

٤ - الحجاج الفقراء، فيعطى المسلم من الزكاة إذا كان فقيرا ليحج؛ لأن الحج في." (٢)

---

(١) شرح سنن ابن ماجه - السيوطي وآخرون، المؤلف غير معروف ص/١٦٢

(٢) موسوعة الفقه الإسلامي، التويجري، محمد بن إبراهيم ٧٩/٣

"فرع (١):

ولو ادعى الصانع ذهاب المتاع وعرف أن بيته سرق لم يصدق. وكذلك لو احترق بيته ورثي الثوب فيه محترقا. وروى محمد عن مالك أنه ضامن. وكذلك الرهن، قال محمد: حتى يعلم أن النار من غير بينة، أو سيل يأتي فيهدم البيت، فهذا وشبهه يسقط الضمان.

قال الإمام: وهذا الذي روى محمد مخالف لما روى ابن حبيب (٢) في قرض الفأر، ففيه الروايتان: الضمان (٣)، ونفيه (٤).

فرع آخر (٥):

وأما الحائك يفسد (٦)، فإنه يغرم الغزل فقط.

انفصال (٧):

وهذا حكم الصناع، وأما الأجراء فعلى ضربين:

١ - أجراء للصناع.

٢ - أجراء للحفظ والرعاية.

---

(١) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: ٦/ ٧٣.

(٢) عن الإمام مالك.

(٣) وجه هذه الرواية: أن التعدي **سبب للضمان**، فوجب أن يثبت حكمه بالتهمة في حق الصانع، أصل ذلك المغيب عليه.

(٤) أي أنه مصدق. ووجه هذه الرواية: أن التعدي لا يثبت بالدعوى، وذلك أن التلف ظا ه ر وهر تبرؤ من **سبب الضمان** الذي هو المغيب على المصنوع.

(٥) هذا الفرع مقتبس من المنتقى: ٦/ ٧٤.

(٦) أي يفسد الثوب.

(٧) هذا الانفصال مقتبس من المنتقى: ٦/ ٧٦.." (١)

"وقوله: "من منزل كان فيه آمنا" في بعض النسخ: "من منزلة كان فيها آمنا" وهي بمعنى المنزل أيضا، ويوافقها قوله: "إلى موقعة كان فيها حتفه".

---

(١) المسالك في شرح موطأ مالك؟ ابن العربي ٦/ ٤٣١

والحتف: الموت، والجمع: الحتوف، وقولهم: مات حتف أنفه أي على فراشه، كأن أنفه أماته بقطع النفس، وفي الكلمة إشارة إلى أن تنفير الطائر سبب الضمان إذا هلك، وأثر التنفير باق حتى لو نفر طائرا تنفيرا أو أهلكه سبع أو انصدم بشجر ونحوه ومات؛ لزمه ضمانه، وإن هلك بعدما عاد إلى طبيعة السكون والاستقرار؛ فلا ضمان.

وقوله: "ثنية عفراء" الأعفر: الذي لا يخلص ولا يشتد بياضه، وشاة عفراء: التي تعلوها حمرة؛ وكأن الحمامة التي هلكت كانت كذلك، فروعي مشابهة اللون.

وقوله: "فقلت لعطاء: أمن حمام مكة" بحث منه عن حال الواقعة، والحكم في حمام مكة وحمام غيرها إذا أتلفه المحرم واحد، وعن مالك أن الواجب في حمام الحرم: شاة، وفي حمام غير مكة: القيمة، والواجب فيما دون الحمام كالقنبرة (١) والعصافير: القيمة، وفيما فوقه قولان للشافعي، والظاهر وجوب القيمة أيضا أخذا بالقياس.

الأصل

[٦٥٠] أبنا الربيع، أبنا الشافعي، أبنا سعيد، عن ابن جريج، عن يوسف بن ماهك أن عبد الله بن أبي عمار أخبره أنه أقبل مع معاذ بن جبل وكعب الأحبار في أناس محرمين من بيت المقدس

---

(١) القبرة: ضرب من الطير، واحدة القبر، والعامة تقول القنبرة. "مختار الصحاح" (قبر).." (١)

"٤١١٣ - "الختان سنة للرجال، ومكرمة للنساء". (حم) عن والد أبي المليح (طب) عن شداد بن أوس وعن ابن عباس.

(الختان سنة للرجال) أي طريقة من طرائقهم المشروعة ولا دليل في هذا على أنه سنة ولا واجب لأن السنة في مقابلة الواجب اصطلاح جديد لا يفسر به كلام الرسول - صلى الله عليه وسلم - وتقدم الكلام هل سنة أو واجب، قال الرازي: وحكمته أن الحشفة قوية الحس ما دامت مستوره بالقلفة يقوي بها اللذة عند المباشرة فإذا قطعت صلبت الحشفة فضعفت اللذة وهو اللائق بشرعنا فقليل اللذة لا قطعها توسطا بين الإفراط والتفريط. (ومكرمة للنساء) أي إكرام في حقهن وحكمة فيهن حكمة في الرجال. (حم) (١) عن والد أبي المليح) فيه حجاج بن أرطأة قال الذهبي: ضعيف لا يحتج به، (طب) عن شداد بن أوس وعن

---

(١) شرح مسند الشافعي؟ الرافعي، عبد الكريم ٣٧٦/٢

ابن عباس) قال الهيثمي: ضعيف منقطع وأقره الذهبي قال العراقي: سنده ضعيف.

٤١١٤ - "الخراج بالضمان". (حم ٤ ك) عن عائشة.

(الخراج بالضمان) قال ابن حجر في تحفته: أن رجلا ابتاع غلاما فاستعمله مدة ثم رأى فيه عيبا وأراد رده فقال البائع: يا رسول الله: قد استعمل غلامي فقال - صلى الله عليه وسلم -: "الخراج بالضمان". قال القاضي: الخراج اسم ما يخرج من الأرض ثم استعمل في منافع الأملاك كريع الأراضي وغلة العبيد والحيوانات فالباء متعلقة بمحذوف أي مستحق **بسبب الضمان** والمعنى: أن الغلة بإزاء الضمان فمن كان ضمان المبيع عليه كان خراجه له وكما أن المبيع لو تلف أو نقص في يد المشتري فهو في عهدته وقد تلف ما تلف على ملكه ليس على بائعه شيء

(١) أخرجه أحمد (٥/ ٧٥) عن والد أبي المليح، والطبراني في الكبير ٧/ ٢٧٣ (٧١١٢) عن شداد بن أوس (١١/ ٢٣٣) (١١٥٩٠) عن ابن عباس، وضعفه الألباني في ضعيف الجامع (٢٩٣٨)، والضعيفة (١٩٣٥).." [1]

"قال: "نعم"، وفي لفظ لأبي داود "٣٣١٩"،أنه قال له: "يجزيء عنك الثلث" وهكذا ما روي من حديث أبي لبابة عند أحمد "٤٥٢/٣، ٤٥٣"، وأبي داود "٣٣٢٠".

وأما ما ذكره من اشتراط كونه مملوكا أو سببه فصحيح لا يحتاج إلى ذكر وجهه وهكذا إذا نذر بما يرثه من مورثه فإنه صحيح لأنه قيد النذر بوصول ذلك إلى ملكه ولم ينذر بما لم يملك حتى يكون النذر بما لا يملك العبد الذي ورد النهي عنه.

وهكذا اشتراط بقاء العين المنذور بها إلى حضور الوقت أو حصول الشرط الذي قيد النذر به فإنه لا بد من ذلك ومع التلف لا يلزمه شيء.

وأما ما ذكره من أنها لا تدخل فروعها المتصلة الحادثة قبل الحنث فالظاهر في مثل هذا أنه يرجع إلى قصد الناذر فإن قصد النذر بالعين مجردة عن فروعها الحادثة لم تدخل الفروع وإن قصد أنها من جملة النذر دخلت وإن كان لا قصد له فالظاهر أن فروع العين المنذور بها لاحقة بها،

قوله: "وتضمن العين بعده ضمان أمانة قبضت لا بإختيار المالك".

(١) التنوير شرح الجامع الصغير؟ الصنعاني ٤٨/٦

أقول: لا ضمان عليه في هذا إلا لجناية أو تفريط ولا يضمن بغير ذلك ولا وجه لذلك لا من رواية ولا من رأي صحيح فإن المنذور به هو قبل النذر ملك الناذر فمع الجناية أو التفريط قد تسبب للضمان ووجب عليه العوض ومع التلف بغير هذين السببين لا سبب لتضمينه أصلا.

وأما ما ذكره من كونها لا تجزيء القيمة فذلك ظاهر لأن النذر تعلق بالعين فلا وفاء إلا بإخراجها فالعدول إلى قيمتها لا يجزيء عنها إلا بدليل.

وما ذكره من كون الناذر إذا عين مصرفا تعين فوجهه ظاهر لأن له أن يصرف ما يقرب به إلى من شاء وكيف شاء مع وجود مطلق القربة وإن كان غيرها أعلى منها.

وأما كونه لا يعتبر القبول بل يكفي عدم الرد فعدم الرد قبول تام وقد عرفناك غير مرة أن اعتبار الألفاظ إما مجرد جمود أو قصور عن إدراك حقائق الأمور.

قوله: "والفقراء لغير ولده ومنفقه".

أقول: المعتمد في مثل هذا العرف الشائع بين القوم الذين منهم الناذر فإن ثبت هذا العرف فهو المقدم على لغة العرب وغيرها لأن الناذر لا يقصد بكلامه إلا عرف أهل جهته فإن عرف من قصده أنه أراد المعنى اللغوي والشرعي وجب العمل بذلك وإن لم يقصد ولا وجد كان الظاهر دخول ولده ومنفقه في عموم الفقراء لأنهما من جملتهم ولا مانع من ذلك لا من شرع ولا عقل وأما دخول الناذر نفسه فعلى الخلاف في دخول المخاطب في خطاب نفسه.

وهكذا الكلام في النذر على المسجد من غير تعيين فإن المعتبر ما يطلق عليه هذا الإسم في عرف الناذر وأهل بلده فإن لم يكن عرف رجع إلى مقصده فإن لم يكن له قصد فالظاهر أن مراده المسجد الذي يصلي فيه وإن كانت مساجد البلد كثيرة فصلاته في أحدها فيها وجه." (١)

"وأما قوله: "ولا يقتص من المكاتب إلا حر أو مثله فصاعدا" فصواب أما الحر فظاهر وأما المكاتب المماثل له أو الذي قد سلم من كتابته زيادة على ما سلمه الجاني فلعدم المزية للجاني على المجني عليه. وأما كونه يتأرش من كسبه فهو الصواب وكان عليه أن يجري في المكاتب وأم الولد والمدبر على نمط واحد لأن كل واحد منهم قد تعلق بسبب يقتضي خروجه من الرق بعد أن يحصل ما يقتضي التنجيز في الجميع وهو موت السيد في المدبر وتنجيز عتق أم الولد من سيدها أو موته ووفاء المكاتب لما كوتب عليه مع أنه قن ما بقي عليه درهم كما تقدم فلا وجه للفرق بين هؤلاء الثلاثة بلا رواية ولا دراية وما ذكره من أنها إذا

---

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار؟ الشوكاني ص/٦٩٩

اتفقت قدم أرش الجناية فلا وجه لهذا التأثير إلا ما يظن أنه بالجناية **تسبب للضمان** ولكنه قد تسبب بالمكاتبة عن نفسه لضمان مال الكتابة وقد تقدم أنه يرده في الرق اختياره وعجزه عن الوفاء بمال الكتابة.

وأما قوله: "فإن أعسر بيع لها" فينبغي أن يقال إنه يقدم استسعاؤه لئلا يفوت حق مالكه الذي كاتبه ومهما أمكن الوفاء بالحقين فهو الواجب.

وأما قوله: "والوقف يقتص منه ويتأرش من كسبه وأمر الجناية عليه إلى مصرفه" فهو صواب وقد اضطرب كلام المصنف في هذا الفصل فاشدد يديك على ما ذكرناه.

[فصل

والعبد بالعبد وأطرافهما ولو تفاضلا أو لمالك واحد لا والد بولده ويهدر مالا قصاص فيه على مالكه وغاصبه] .

قوله: "فصل والعبد بالعبد" الخ.

أقول: هكذا حكم الله سبحانه في كتابه العزيز وللأطراف التي يجب فيها القصاص حكم النفس إما بشمول الآية لها أو بالقياس على النفس وهكذا قوله لا والد بولده وأما كونه يهدر مالا قصاص فيه على مالكه فلكون العبد من جملة ماله وكون أرش جنايته على سيده كما قدمنا فلا يثبت للسيد على نفسه دين وأما قوله: "وغاصبه" فهذا هو الصواب لما قدمنا على قول المصنف: "وجناية المغصوب على الغاصب".." (١)

"عدلا انتهى. قلت: وعليه أهل العلم قال محمد: وبهذا نأخذ وتفسير قوله: "لا يغلق الرهن " أن الرجل كان يرهن الرهن أي المرهون عند الرجل فيقول: إن جئتك بمالك إلى كذا وكذار وإلا فالرهن لك بمالك قال رسول الله صلى الله عليه وسلم "لا يغلق الرهن ولا يكون للمرتهن بماله" وكذلك نقول: وهو قول أبي حنيفة وكذلك فسره مالك بن أنس وفي شرح السنة: معناه لا يستغلق بحيث لا يعود إلى الراهن بل متى أدى الحق المرهون به افتك وعاد إلى الراهن وروى الشافعي هذا الحديث مع زيادة ولفظه "لا يغلق الرهن من صاحبه الذي رهنه له غنمه وعليه غرمه" قال الشافعي: غنمه زيادته وغرمه هلاكه وفيه دليل على أنه إذا هلك في يد المرتهن يكون من ضمان الراهن ولا يسقط بهلاكه شئ من حق المرتهن وعليه الشافعي وقال أبو حنيفة: قيمته إن كانت قدر الحق يسقط بهلاكه الحق وإن كانت أقل من الحق يسقط بقدره وإن كان أكثر من الحق يسقط الحق وعند الشافعي: دوام القبض ليس بشرط في الرهن فيستعمل الدابة المرهونة بالنهار وترد إلى المرتهن بالليل ولا يسافر عليها ولم يجوزه أبو حنيفة. أقول: الحق أن الرهن إذا تلف في يد

---

(١) السيل الجرار المتدفق على حدائق الأزهار؟ الشوكاني ص/٨٩٩

المرتهن بدون جنايته ولا تفريطه فهو غير مضمون عليه وإن كان بجنايته أو تفريطه ضمنه للجناية عليه أو التفريط لا لكونه مستحقا حبسه فإن الحبس للرهن بمجرده ليس **بسبب للضمان** والمدارك الشرعية واضحة المنار." (١)

"وقال أبو حنيفة: قيمته إن كانت قدر الحق؛ يسقط بهلاكه الحق، وإن كانت أقل من الحق؛ يسقط بقدره، وإن كان أكثر من الحق؛ يسقط الحق.

وعند الشافعي: دوام القبض ليس بشرط في الرهن، فيستعمل الدابة المرهونة بالنهار، وترد إلى المرتهن بالليل، ولا يسافر عليها.

ولم يجوزه أبو حنيفة ".

أقول: الحق أن الرهن إذا تلف في يد المرتهن - بدون جنايته ولا تفريطه -؛ فهو غير مضمون عليه.

وإن كان بجنايته أو تفريطه؛ ضمنه للجناية عليه، أو التفريط؛ لا لكونه مستحقا حبسه؛ فإن الحبس للرهن بمجرده ليس **بسبب للضمان.**

والمدارك الشرعية واضحة المنار.." (٢)

". . . . .

رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: (من تصدق بدم فما دونه، فهو كفارة له، من يوم أن ولد، إلى يوم يموت) والأحاديث في ذلك كثيرة.

الحنفية قالوا: من قطع يد رجل عفا المقطوعة يده عن القطع. ثم مات بعد ذلك، فعلى القاطع الدية في ماله، وإن عفا عن القطع وما يحدث منه، ثم مات من ذلك فهو عفو عن النفس، ثم إن كان خطأ فهو من الثلث، وإن كان عمدا فهو من جميع المال.

لأن العفو عن القطع والشجة والجراحة ليس لعفو عما يحدث منه، فإذا وقع شيء من ذلك وعفا المجني عليه عنه بعد الجرح، ثم سرى ومات بسببه، فعلى الجاني الدية في ماله خاصة. لأن **سبب الضمان** قد تحقق وهو قتل نفس معصومة مقومة، والعفو لم يتناوله بصريحه، لأنه عفا عن القطع، وهو غير القتل لا محالة، وبالسراية تبين أن الواقع قتل، لا قطع وحقه فيه، فما هو حقه لم يفء عنه، وما عفا عنه فليس

---

(١) الروضة الندية شرح الدرر البهية ط المعرفة؟ صديق حسن خان ١٤٧/٢

(٢) الدرر البهية والروضة الندية والتعليقات الرضية؟ صديق حسن خان ٤٨٤/٢

بحقه، فلا يكون معتبراص، ألا ترى أن الولي لو قال بعد السراية: عفوتك عن اليدن لم يكن عفوا، ولو قال المجني عليه: عفوتك عن القتل، وأقتصد القطع لم يكن عفوا، فكذا إذا عفا عن اليد ثم سرى القطع، وإذا لم يكن معتبرا وجب الضمان.

والقياس يقتضي القصاص لأنه هو الموجب للعمد، إلا أنا تركناه لأن صورة العفو اورثت شبهة، وهي دارئة للقود، فتجب الدية في ماله.

وقال الصاحبان رحمهما الله تعالى: من قطع يد رجل فعفا المقطوعة يده عن القطع، ثم مات من ذلك القطع بسبب السراية، فهو عفو عن النفس أيضان فلا شيء على القاطع، لأن العفو عن القطع عفو عن موجبه، لأن الفعل عرض لا يبقى، فلا يتصور العفو عنه، فيكون العفو عنه عفوا عن موجبه، وموجبه أما القطع إذا اقتصر، ولم يسر، وإما القتل، إن سرى القطع ومات بسببه، فكان العفو، عفوا عنهما جميعاص، ولأن اسم القطع يتناول الساري والمقتصر فإن الاذن بالقطع به، وبما حدث منه، حتى إذا قال شخص لآخر: اقطع يدي فقطعه، ثم سرى إلى النفس، فإنه لم يضمن، والعفو إذن انتهاء، فيعتبر بإذن ابتداء، فصار كما إذا عفا عن الجناية، فإنه يتناول الجناية السارية، والمقتصرة.

وقال الإمام: لا نسلم أن الساري نوع من القطع، وإن السراية صفة له، بل السراية قتل من الابتداء، لأن القتل فعل مزهق للروح، ولما انزهق الروح به عرفنا أنه كان قتلا، ولأن القتل ليس بموجب للقطع من حيث كونه قطعا، فلا يتناوله العفو، بخلاف العفوعن الجناية لأنه اسم جنس، وبخلاف العفو عن الشجة وما يحدث منها، لأنه صريح في العفو عن السراية والقتل، ولو كان القطع خطا فقد أجراه مجرى العمد، في العفو عن القطع مطلقا، والعفو عن القطع وما يحدث منه، والعفو عن الشجة، والعفو عن الجناية، ولأن العفو عن القطع وما يحدث منه، والعفو عن الجناية عفو عن الدية بالاتفاق، والعفو عن القطع مطلقا عفو عن الدية عن القطع مطلقا عفو عن الدية عندهما إذا كان خطأ، وعند أبي حنيفة يكون عفوا عن أرش اليد لاغير، والعفو عن الشجة عفو عن الدية إذا سرت عندهما، وعنده عن أرش الشجة." (١)

"القول باشتراط تناسب الربح على قدر المالين

ذهب المالكية والشافعية وزفر إلى أنه يقسم الربح والخسارة على قدر المالين ، سواء تساويا في العمل ، أو تفاوتا فيه لأن استحقاق الربح لا يكون عندهم إلا بالمال فقط.

(١) الفقه على المذاهب الأربعة؟ عبد الرحمن الجزيري ٢٣٩/٥

فإن شرط المتعاقدين خلاف ذلك بأن شرطا التساوي في الربح والخسارة مع التفاضل في المالين ، أو التفاضل في الربح والخسارة مع التساوي في المالين ، أو لو شرطا زيادة للأكثر منهما عملا:

ذهب المالكية إلى أن الشرط في هذه الحالة غير صحيح وتفسد الشركة.

ذهب الشافعية إلى عدم صحة العقد ، لأنه شرط ينافي مقتضى الشركة فلم يصح ، كما لو شرط الربح لأحدهما ، فإن تصرفا مع هذا الشرط صح التصرف ، لأن الشرط لا يسقط الإذن فنفذ التصرف فإن ربحا أو خسرا جعل بينهما على قدر المالين ويرجع كل واحد منهما بأجرة عمله في نصيب شريكه.

القول بجواز اختلاف الربح عن حصص رأس المال

أجاز الحنفية والحنابلة زيادة أرباح بعض الشركاء على رءوس أموالهم ، ذلك أن استحقاق الربح يكون عندهم بواحد من الأمور الثلاثة: المال ، والعمل ، والضمان:

فهو يستحق بالمال لأنه نماؤه فيكون لمالكه.

وهو يستحق بالعمل حين يكون العمل سببه: كنصيب المضارب في ربح المضاربة اعتبارا بالإجارة.

ويستحق بالضمان كما في شركة الوجوه لقوله صلوات الله وسلامه عليه: (الخراج بالضمان) أو (الغلة بالضمان) أي من ضمن شيئا فله غلته. ولذا ساغ للشخص أن يتقبل العمل من الأعمال كخياط ثوب ويتعهد بإنجازه لقاء أجر معلوم ثم يتفق مع آخر على القيام بهذا العمل بأجر أقل من الأجر الأول ، ويربح هو فرق ما بينهما حلالا طيبا لمجرد أنه ضمن العمل ، دون أن يقوم به: عسى أن لا يكون له مال أصلا.

توزيع الربح في شركات الأموال

ذهب الحنفية والحنابلة أنه يجوز في شركة العنان أن يتساوى المالان ويتفاضل الشريكان في الربح ، وأن يتفاضل المالان ويتساوى الربحان وذلك على أساس النظر إلى شرط العمل ، فقد يرى الشريكين إغفال النظر إلى العمل فيكون الربح بحسب المالين ، وقد يجعلا لشرط العمل قسطا من الربح يستأثر به أحدهما بالإضافة لما يستحقه بمقتضى حصته في الشركة ، والمناط هنا هو شرط العمل الوارد في العقد وليس وجود العمل نفسه فقد يعمل الشريك بمقتضى الشرط وقد لا يعمل.

ولكن لا تصح الشركة عند هؤلاء الفقهاء إذا شرط الشريكان العمل على صاحب الحصة الأكبر في رأس المال وشرط لصاحب الحصة الأقل زيادة في الربح لأن صاحب الأقل لا يستحق الربح لا بمال ولا بعمل. أما في شركة المفاوضة وفقا للاصطلاح الحنفي ، فإنه يشترط التساوي في الأرباح لأنها مبنية على التساوي

في جميع شروطها.

توزيع الربح في شركة الأعمال

ذهب الحنفية والحنابلة أيضا إلى أنه يجوز في عنان شركة الأعمال الاشتراك في الربح على حسب ما يتم الاتفاق عليه بين المتشاركين لأنه في الواقع بدل عمل ، والعمل يختلف في تقويمه.

فإذا لم يتعرضا لشرط العمل بنسبة معينة ، جازت الشركة على ما يشترطانه من الربح لأن هذا هو الأصل.

ويشترط المالكية في شركة الأعمال أن يكون اقتسام الربح مناسبا لمقدار العمل ، ولا يتجاوز إلا عن فرق يسير ، وهذا في عقد الشركة ، أما بعده فلا حرج على متبرع إن تبرع ولو بالعمل كله. فإذا وقع العقد على تفاوت النسبة بين العملين والنسبة بين الربحين تفاوتا فاحش ، فإنه يكون العقد فاسدا عند المالكية.

توزيع الربح في شركة الوجوه

اشترط الحنفية وكذلك القاضي وابن عقيل من الحنابلة أن يكون الربح بين الشريكين بنسبة ضمانهما الثمن في شركة الوجوه.

وضمانهما الثمن إنما هو بنسبة حصصهما فيما يشتريانه معا ، أو كل على انفراد. ومقدار هذه الحصص يتبع الشرط الذي وقع التشارط عليه عند عقد الشركة.

فمن الجائز المشروع أن يتعاقدا في شركة الوجوه على أن يكون كل ما يشتريانه أو يشتريه أحدهما بينهما مناصفة ، أو على التفاوت المعلوم أيما كان كأن يكون لأحدهما الثلث أو الربع ، أو أكثر من ذلك أو أقل ، وللآخر الثلثان أو الثلاثة الأرباع إلخ.

فإذا شرط لأحد الشريكين في الربح أكثر أو أقل مما عليه من الضمان فهو شرط باطل لا أثر له ، ويظل الربح بينهما بنسبة ضمانهما ، لأنه لا يوجد في هذه الشركة سبب لاستحقاق الربح سوى الضمان ، فيتقدر بقدره. ذلك أن الربح إنما يستحق بالمال أو العمل أو الضمان ، ولا مال هنا ولا عمل ، فيتعين أن يكون **بسبب الضمان** ، وإذن تكون قسمته بحسبه لئلا يلزم ربح ما لم يضمن.

والمذهب عند الحنابلة أن الربح في شركة الوجوه يكون على حسب ما اتفقا عليه كشركة العنان لأن فيها

مثلها عملا وغيرها ، فالشريكين شركة وجوه يتجران ، والتجارة عمل يتفاوت كيفا وكما ويختلف باختلاف القائمين به نشاطا وخبرة ، فالعدالة أن تترك الحرية للمتعاقدين لیقدرا كل حالة بحسبها.." (١)

"ليس للمستودع أن يودع الوديعة عند غيره – ممن ليس في عياله – دون إذن صاحبها ، من غير عذر. فإن فعل ذلك صار ضامنا.

ذهب جماهير الفقهاء إلى أنه ليس للمستودع أن يودع الوديعة عند غيره – ممن ليس في عياله – بدون إذن المالك ، في حضر أو سفر ، من غير عذر. فإن فعل ذلك صار ضامنا ، حتى ولو كان ذلك الغير أمينا.

ودليلهم أن المودع إنما أذن له في حفظها تحت يده ، ولم يأذن له في وضعها تحت يد غيره ، فإن فعل ذلك ، كان متعديا ، لخروجه في حفظها عن الوجه المأذون فيه. ولأن الناس متفاوتون في الحفظ والأمانة ، والمودع إنما رضي بحفظه وأمانته دون غيره ، ولم يسلطه على أن يودعها غيره ، فإذا دفعها إلى أجنبي ، فقد صار تاركا الحفظ الذي التزمه ، وذلك تفريط موجب للضمان.

وقد استثنيت حالة العذر ، لأن الدفع فيها تعين طريقا للحفظ ، فكان مأذونا به من المالك دلالة فارتفع **سبب الضمان**.." (٢)

"خراج

الخراج في اللغة: الغلة.

وفي الاصطلاح الفقهي: هو ما يوضع على الأرض غير العشرية من حقوق تؤدى عنها إلى بيت المال. ذلك أن الفلاحين الذين يعملون فيها قد اكتروها بغلة معلومة والصلة بينه وبين الجزية: أنهما يجبان على أهل الذمة ، ويصرفان في مصارف الفيء.

أما الفرق بينهما: فهو أن الجزية توضع على الرءوس ، بينما الخراج يوضع على الأرض. وأن الجزية تسقط بالإسلام ، أما الخراج فلا يسقط بالإسلام ، ويبقى مع الإسلام والكفر.

أما الخراج المقصود في حديث (الخراج بالضمان) فهو: ما حصل من غلة العين المبيعة كائنة ما كانت ، وذلك كأن يشتري الشخص شيئا فيستغله مدة ، ثم يطلع فيه على عيب قديم فله رد العين وأخذ الثمن الذي

---

(١) فقه المعاملات؟ مجموعة من المؤلفين ٥٣٨/١

(٢) فقه المعاملات؟ م جموعة من المؤلفين ٩٩٤/١

دفعه ، وما استغله فهو له ، لأن المبيع لو تلف في يده في تلك المدة لكان من ضمانه ، ولم يكن على البائع شيء ، فالخراج مستحق **بسبب الضمان**." (١)

"كما لا يباح التلفيق المؤدي إلى إهدار حقوق الناس أو إلحاق الأذى والضرر بهم والعدوان عليهم، إذ لاضرر ولا ضرار في الإسلام.

قال القرافي (١): إن ضابط المذاهب التي يقلد فيها خمسة أشياء لا سادس لها عملا بالاستقراء:

١ – الأحكام الشرعية الفروعية الاجتهادية.

٢ – وأسبابها.

٣ – وشروطها.

٤ – وموانعها.

٥ – والحجاج (٢) المثبتة للأسباب والشروط والموانع.

احترز بـ (الشرعية) عن العقلية كالحساب والهندسة وعن الحسيات وغيرها. واحترز بالفروعية عن أصول الدين وأصول الفقه. وبالاجتهادية عن الأحكام المعلومة من الدين بالضرورة.

وأسباب الأحكام مثل الإتلاف **المسبب للضمان**. والشروط كاشتراط الولي والشهود في عقد الزواج. والموانع كالجنون والإغماء المانعين من التكليف الشرعي، والدين المانع من إيجاب الزكاة.

والحجاج المثبتة للأسباب والشروط والموانع هي ما يعتمد عليه القضاء من البينات والأقارير ونحو ذلك. وهي نوعان:

---

(١) الإحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام للقرافي: ص١٩٥ وما بعدها، طبعة حلب الفروق: ٥/ ٤

(٢) أي طرق الإثبات أو أدلته مثل الإقرار والشهادة.." (٢)

"واشترط المالكية (١) لأداء الزكاة شروطا ثلاثة أخرى:

١ – إخراجها بعد وجوبها بالحول أو الطيب أو مجيء الساعي، فإن أخرجها قبل وقتها، لم تجزه خلافا لجمهور الفقهاء. وتأخيرها بعد وقتها مع التمكن من إخراجها **سبب للضمان** والعصيان.

---

(١) فقه المعاملات؟ مجموعة من المؤلفين ٤/ ٦٧

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي؟ وهبة الزحيلي ١/ ١٢٠

٢ – دفعها لمن يستحقها لا لغيره.

٣ – كونها من عين ما وجبت فيه.

المبحث الثالث . وقت وجوب الزكاة ووقت أدائها:

وفيه مطالب أربعة:

المطلب الأول . وقت وجوب الزكاة:

اتفق الفقهاء (٢) في المفتى به عند الحنفية (٣) على وجوب الزكاة فورا بعد استيفاء شروطها من ملك النصاب وحولان الحول ونحوهما، فمن وجبت عليه الزكاة وقدر على إخراجها لم يجز له تأخيرها، ويأثم بالتأخير بلا عذر، وترد شهادته عند الحنفية، لأنه حق يجب صرفه إلى الآدمي توجهت المطالبة بالدفع إليه، والأمر بالصرف إلى الفقير ومن معه قرينه الفور؛ لأنها لدفع حاجته، فإذا لم

---

(١) شرح الرسالة: ١٧٦/ ١، القوانين الفقهية: ص٩٩.

(٢) الدر المختار: ١٦/ ٢ وما بعدها، شرح الرسالة: ٣١٧/ ١، القوانين الفقهية: ص٩٩، بجيرمي الخطيب: ٣٢٠/ ٢، المجموع: ٣٠٢/ ٥، ٣٠٥، المهذب: ١٤٠/ ١، كشاف القناع: ١٩٢/ ٢، المغني: ٦٨٤/ ٢.

(٣) لكن يذكر الأصوليون من الحنفية في بحث دلالة الأمر على الفور أو التراخي: أن أداء الزكاة والحج على التراخي على المعتمد (أصول السرخسي ٢٦/ ١، مسلم الثبوت ٣١٨/ ١، كتابي في أصول الفقه ٢٢٩/ ١ – ٢٣٢).." (١)

"والحقيقة. وأما الأحكام القضائية فتبنى على ظاهر الأمر ولا ينظر فيها إلى النوايا وواقع الأمر وحقيقته. فمن طلق امرأته خطأ، ولم يقصد إيقاع الطلاق، يحكم القاضي بوقوع طلاقه عملا بالظاهر واستحالة معرفة الحقيقة، ويكون الحكم بوقوع الطلاق حكما قضائيا. وأما ديانة فالحكم عدم وقوع الطلاق، وللإنسان أن يعمل بذلك فيما بينه وبين الله تعالى، وللمفتي إفتاؤه بذلك؛ لأن الزوج لم يقصد الطلاق في الواقع.

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي؟ وهبة الزحيلي ١٨١٣/٣

المبحث الثالث ـ مصادر الحق أو أسبابه

عرفنا سابقا أن منشأ الحق أو سببه الأساسي أو غير المباشر: هو الشرع. فالشرع هو المصدر الأساسي للحقوق، والسبب الوحيد لها، غير أن الشرع قد ينشئ الحقوق مباشرة من غير توقف على أسباب أخرى، كالأمر بالعبادات المختلفة، والأمر بالإنفاق على القريب، والنهي عن الجرائم والمحرمات، وإباحةالطيبات من الرزق، فإن أدلة الشرع هنا تعتبر أسبابا مباشرة للحقوق.

وقد ينشئ الشارع الحقوق أو الأحكام مرتبة على أسباب أخرى يمارسها الناس، كعقد الزواج، فإنه ينشئ حق النفقة للزوجة والتوارث بين الزوجين وغير ذلك. وعقد البيع ينشئ ملك البائع للثمن والمشتري للمبيع. والغصب سبب للضمان عند هلاك المغصوب. وتعتبر العقود والغصب أسبابا مباشرة، وأدلة الشرع أسبابا غير مباشرة.

والمقصود من الأسباب أو المصادر في هذا المبحث: الأسباب المباشرة، سواء أكانت أدلة الشرع أم الأسباب التي أقرتها وعينتها هذه الأدلة. فليس المراد من المصدر هنا:

المصدر الآمر في إيجاب الالتزام، إذ تكون عندئذ جميع المصادر مردها إلى الشرع أو القانون.." (١)

"٤ – اتباع المشتري الجاني بالجناية على المبيع: لو جنى أجنبي على المبيع فاختار المشتري اتباع الجاني بالضمان، كان اختياره بمنزلة القبض عند أبي يوسف، حتى لو هلك المبيع يكون الهلاك على المشتري، ويتقرر عليه الثمن، ولا يبطل البيع.

وقال محمد: لا يصير قابضا ويبقى البيع في ضمان البائع، ويؤمر بالتسليم إليه، ويكون الهلاك على البائع، ويبطل البيع ويسقط الثمن عن المشتري.

دليل أبي يوسف: أن جناية الأجنبي حصلت بإذن المشتري وأمره ضمنا، فيصير قابضا، كما لو ارتكب الجناية بنفسه. وبيانه: أن اختيار المشتري اتباع الجاني بالضمان تمليك من الشيء المضمون المجني عليه؛ لأن المضمونات تملك باختيار الضمان بأثر رجعي يستند إلى وقت حدوث سبب الضمان، فيصير كأن الجناية حصلت بأمر المشتري.

ودليل محمد: أن الضمان متعلق بالعين لأن قيمة العين قائمة مقامها، والعين لو كانت قائمة فهلكت قبل القبض، كان الهلاك على البائع، فكذا القيمة (١).

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي؟ وهبة الزحيلي ٤/٢٨٥٤

٥ – القبض السابق: كل ماسبق فيما إذا كان المبيع في يد البائع، فإن كان في يد المشتري بقبض سابق، ثم باعه المالك له، فهل يعتبر قابضا بمجرد الشراء أو لا بد من تجديد القبض ليتم التسليم؟ فيه تفصيل:
قسم الفقهاء القبض من حيث قوة أثره وضعفه إلى قسمين: قبض الضمان وقبض الأمانة.
قبض الضمان: هو ما كان فيه القابض مسؤولا عن المقبوض تجاه الغير،

---

(١) البدائع، المرجع السابق.." (١)

"فيضمنه، إذا هلك عنده، ولو بآفة سماوية، كالمغصوب في يد الغاصب، والمبيع في يد المشتري.
وقبض الأمانة: هو ماكان فيه القابض غير مسؤول عن المقبوض إلا بالتعدي، أو التقصير في الحفظ كالوديعة أو العارية أو المأجور أو مال الشركة في يد الوديع، أو المستعير، أو المستأجر، أو الشريك.
وجعلوا قبض الضمان أقوى من قبض الأمانة بسبب الضمان المترتب.
والمبدأ العام: أن القبض السابق ينوب عن القبض اللازم في البيع إذا كانا متجانسين في الضمان وعدمه، أو كان السابق أقوى بخلاف ما إذا كان أضعف. فقبض الضمان ينوب عن قبض الأمانة وعن قبض الضمان، وأما قبض الأمانة فلا ينوب إلا عن قبض الأمانة فقط، ولا ينوب عن قبض
الضمان؛ لأن الأدنى لا يغني عن الأعلى (١).
وعلى هذا الأساس إذا كان الشيء المبيع موجودا في يد المشتري قبل البيع: إما أن تكون يده يد ضمان أو يد أمانة.

أ. فإن كانت يد المشتري يد ضمان:
١ – فإما أن تكون يد ضمان بنفسه: كيد الغاصب ويد القابض على سوم الشراء، فيصير المشتري قابضا للمبيع بالعقد نفسه، ولا يحتاج إلى تجديد القبض، ويبرأ البائع من التزام التسليم، سواء أكان المبيع حاضرا في مجلس العقد، أم غائبا؛ لأن المغصوب مضمون بنفسه، والمبيع بعد القبض مضمون بنفسه، فتجانس القبضان، فناب أحدهما عن الآخر.

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي؟ وهبة الزحيلي ٥/٣٣٩١

(١) البدائع: ٢٤٨/ ٥، فتح القدير: ٥ ص ٢٠٠، حاشية ابن عابدين: ٤ ص ٥٣٥، مجمع الضمانات للبغدادي: ص ٢١٧، عقد البيع للأستاذ الزرقاء: ص ٨٧ ومابعدها.." [١]

"وقال الصاحبان: لايضمن؛ لأنه رضي بأمانتهما، فكان لكل واحد منهما أن يسلم إلى الآخر، ولا يضمنه، كما هو الشأن فيما لا يقسم.

واتفقوا على أن الوديعة إذا كانت لا تقسم، لا تضمن؛ لأنه لا يمكن حفظها إلا في مكان واحد، فكان المالك راضيا بحفظ أحدهما لعلمه أنهما لا يجتمعان عليه أبدا (١).

طريقة حفظ الوديعة: اختلف العلماء في طريقة حفظ الوديعة، فقال الحنفية والحنابلة: على الوديع أن يحفظ الوديعة، كما يحفظ به ماله في حرز مثله، وذلك بيده أو بيد من هو في عياله (٢) ممن تلزمه نفقته، كامرأته وولده وغلامه وخادمه؛ لأن حفظها بهؤلاء مثلما يحفظ به ماله، فأشبه ما لو حفظها بنفسه.

وله عند الحنفية أن يحفظ الوديعة أيضا بيد من ليس في عياله، ممن يحفظ عنده ماله بنفسه عادة كشريكه المفاوض والعنان، لا المستأجر مياومة (٣). فإن حفظ الوديع الوديعة عند غير هؤلاء فتلفت، ضمنها؛ لأن المالك رضي بيده لا بيد غيره والأيدي تختلف في الأمانة إلا أن يقع في دار الوديع حريق، فيسلمها إلى جاره أو يكون الوديع في سفينة وهاجت الريح وصار بحيث يخاف الغرق، فيلقيها إلى سفينة أخرى، فله ذلك لأنه إجراء تعين طريقا للحفظ في هذه الحالة، فيرتضيها المالك. ولا يصدق الوديع على ذلك إلا ببينة؛ لأنه يدعي ضرورة مسقطة للضمان بعد تحقق سبب الضمان.

---

(١) تكملة فتح القدير: ٩٦/ ٧، مجمع الضمانات: ص ٧٨، الكتاب مع اللباب: ١٩٩/ ٢.

(٢) وهو الذي يسكن معه ويمونه، فيكفيه طعامه وشرابه وكسوته، كائنا من كان، قريبا أم أجنبيا كولده وامرأته، وخادمه وأجيره.

(٣) المبسوط: ١٠٩/ ١١، تكملة فتح القدير: ٨٩/ ٧، مجمع الضمانات: ص ٧٧، البدائع: ٢٠٧/ ٦، المغني: ٣٨٥/ ٦، الكتاب مع اللباب: ١٩٧/ ٢.." [٢]

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي؟ وهبة الزحيلي ٣٣٩٢/٥

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي؟ وهبة الزحيلي ٤٠٢١/٥

"والقاعدة عند جمهور الحنفية: أن الوديعة إذا صارت مضمونة، ثم أزيل **سبب الضمان**، كأن يسترد الوديع الأول من المودع الثاني الوديعة، ويحفظها بنفسه أو نحو ذلك مما سيأتي، فإنه يبرأ عن الضمان؛ لأنه في عودته لحالته الأولى يعتبر وديعا، والوديع إذا هلكت الوديعة بدون سبب منه لا ضمان عليه (١). هذا بخلاف المستأجر والمستعير، إذا خالفا، ثم تركا الخلاف بقي الضمان.

والقاعدة عند زفر والشافعي وبقية الأئمة: أن الوديعة متى صارت مضمونة بانتفاع وغيره مما سيأتي، ثم ترك الوديع الخيانة، لم يبرأ من الضمان؛ لأن الوديعة لما صارت مضمونة، فقد ارتفع العقد، لتغيرطبيعته، فلا يعود إلا بالتجديد، ولم يوجد، فصار كما لو جحد الوديعة، ثم أقر بها (٢).

٣ - استعمال الوديعة: إذا انتفع الوديع بالوديعة كركوب الدابة ولبس الثوب، فإنه يصير ضامنا، فإن ترك الاستعمال، فقال جمهور الحنفية كما عرفنا من قاعدتهم: را ضمان عليه؛ لأنه ممسك لها بإذن مالكها، فأشبه ما قبل الاستعمال (٣).

وقال المالكية والشافعية والحنابلة: إذا تلفت الوديعة بعد استعمالها يضمنها، ولو كان التلف بسبب سماوي؛ لأنه بالتعدي في الاستعمال قد ارتفع حكم الوديعة وبطل الاستئمان، فصار كما لو جحد الوديعة ثم أقر بها، فلا يبرأ من الضمان إلا بالرد على المالك، كما تقرر (٤).

---

(١) البدائع: ٢١٢/ ٦، تكملة فتح القدير: ٩٢/ ٧، مجمع الضمانات: ص ٧٣، ٧٦ ومابعدها.

(٢) مغني المحتاج: /٩٠.

(٣) البدائع: ٢١١/ ٦، المبسوط: ١٢٣/ ١١.

(٤) مغني المحتاج، المرجع السابق: ٨٨/ ٣، المهذب: ٣٦٢/ ١، حاشية الدسوقي: ٤٢٠/ ٤، ٤٢٧، القوانين الفقهية: ص ٣٧٤، المغني: ٤٠١/ ٦.." (١)

"فأنا بريء» تعليق البراءة عن المال بشرط الموافاة بالنفس، والبراءة لا تحتمل التعليق بالشرط؛ لأن فيها معنى التمليك، والتمليكات لا يصح تعليقها بالشرط (١).

د . وإن كانت الكفالة مضافة إلى وقت في المستقبل: جازت عند الحنفية مثل أن يضمن إنسان لآخر ما

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي؟ وهبة الزحيلي ٤٠٢٦/٥

يقرضه لفلان، أو ما يستهلكه من ماله أو ما يغصبه منه، أو ثمن ما يبايعه به، فهذه الكفالة صحيحة لأنها أضيفت إلى سبب الضمان. وقد أجاز القانون المدني تعليق الكفالة على شرط أو إضافتها إلى زمن مستقبل.

الخيار في الكفالة: اتفق العلماء على أنه لا يدخل في الضمان والكفالة خيار؛ لأن الخيار جعل ليعرف ما فيه الحظ، والضمين والكفيل على بصيرة أنه لاحظ لهما، ولأن الضمان عقد لا يفتقر إلى القبول، فلم يدخله خيار كالنذر (٢).

المبحث الثاني ـ شروط الكفالة:

تشترط في الكفالة شروط تتعلق إما بالصيغة أو بالكفيل، أو بالأصيل، أو بالمكفول له، أو بالمكفول به، فالذي تلزمه المطالبة بالمال الذي على المدين هو الكفيل، والمدين: هو المكفول عنه، ويسمى الأصيل أيضا، والمدعي ـ وهو الدائن: مكفول له، ومحل الكفالة ـ وهو المال أو النفس المكفولة: هو المكفول به.

شروط الصيغة: يشترط في صيغة الكفالة ثلاثة شروط وهي:

١ – أن تكون بلفظ يدل على الالتزام صراحة أو كناية كما تقدم، مثل ضمنت دينك على فلان أو تكفلت به أو تكفلت بنفس فلان ونحو ذلك من الصريح، أو يقول: الدين الذي لك على فلان هو علي ونحو ذلك من الكنايات.

---

(١) البدائع، المرجع السابق، المبسوط للسرخسي: ١٧٨/ ١٩.

(٢) المغني: ٥٥٥/ ٤.." (١)

"والجمهور يقولون: إذا كانت يد المرتهن على المال المرهون قبل رهنه يد ضمان، فإنها تنقلب يد أمانة بارتهانه؛ لأن السبب المقتضي للضمان قد زال بالارتهان، فيزول أثره وهو الضمان بزوال سببه، بدليل أن الضمان يزول برد المال إلى مالكه لزوال السبب المقتضي للضمان، وسبب الضمان هو الغصب أو الاستعارة عند من يقول بأن يد المستعير يد ضمان، وهم الحنابلة، والشافعية أحيانا.

وبارتهان المال لم يبق المرتهن غاصبا ولا مستعيرا، فلا يبقى الحكم مع زوال سببه. وقال الشافعية: تظل اليد

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي؟ وهبة الزحيلي ٤١٥٢/٦

السابقة إذا كانت يد ضمان كما هي. فإذا كان المال المرهون في يد المرتهن بطريق اغتصابه أو إعارته، لا يبرئه ارتهانه عن الغصب (١)، أو الإعارة، لأنه لا منافاة بين الأمرين، فلا منافاة بين يد الغرض منها التوثق وهي يد المرتهن. يد الأمانة، وبين اعتبارها ضامنة، بدليل أن المرتهن لو تعدى على المرهون، ضمنه، مع بقاء الرهن، بدليل اختصاصه بضمانه دون باقي الغرماء. وإذا كان عقد الرهن لا يبطل أو لا يرتفع بالضمان، بل يبقى معه، فلا يرفع الضمان الرهن ابتداء من طريق أولى.

لكن إيداع الشيء عند الغاصب يبرئه عن الغصب في الأصح؛ لأن الإيداع ائتمان، وهو ينافي الضمان، بدليل أنه لو تعدى في الوديعة لم يبق أمينا، بخلاف الرهن.

---

(١) وإذا كان الارتهان لا يبرئ الغاصب من الغصب، فلو أبرأ المالك غاصبا من ضمان المغصوب الباقي، لم يبرأ، لأن الأعيان لايبرأ منها، إذ الإبراء إسقاط ما في الذمة أو تمليكه، وكذا لو أبرأه عن ضمان ما يثبت في ذمته بعد تلفه، لأنه إبراء عما لم يجب. وكذلك لو أجره المغصوب، أو ضاربه به، أو وكله في التصرف فيه، لم يبرأ، كالارتهان.." (١)

"الاستئجار للرهن: إذا جاز استعارة عين لترهن، جاز كذلك استئجارها لترهن (١).

وإذا هلكت بلا تعد، فلا ضمان؛ لأن المستأجر أمانة غير مضمونة في يد المستأجر اتفاقا، وليس للمؤجر فكها قبل انتهاء مدة الإجارة.

٦ - رهن ملك الغير:

يجوز للإنسان كما بان سابقا أن يرهن ملك الغير بإذنه كالمستعار والمستأجر، وليس لأحد رهن ملك غيره إلا بولاية عليه، فإذا لم يكن له ولاية في الرهن، وسلم المرهون إلى المرتهن، كان بهذا التسليم متعديا وغاصبا، وكان الرهن عند الحنفية موقوفا على الإجازة، فإن لم يجزه مالك المرهون بطل الرهن، وكانت العين في ضمان الراهن بسبب غصبه. هذا بالنسبة للراهن.

أما بالنسبة للمرتهن:

فقال الحنفية (٢): إذا هلك الرهن عند المرتهن، ثم تبين أنه مستحق لغير الراهن، أي لم يكن المرتهن عالما بأنه ملك لغير الراهن، فإن المالك المستحق بالخيار بين أن يضمن الراهن قيمته، أو يضمن المرتهن؛ لأن

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي؟ وهبة الزحيلي ٤٢٤٦/٦

كل واحد متعد في حقه، أما الراهن فباستيلائه عليه بغير حق وتسليمه للمرتهن، وأما المرتهن فبقبضه وتسلمه.

فإن ضمن المستحق (المالك) الراهن، صار المرتهن **بسبب الضمان** مستوفيا لدينه، بقدر قيمة الرهن، لهلاك الرهن في يده؛ لأن الراهن قد ملكه إذا أدى ضمانه ملكا مستندا إلى وقت استيلائه عليه بغير حق، قبل عقد الرهن، فيصبح راهنا ما يملك، ثم يصير المرتهن مستوفيا لدينه بالهلاك عنده إذا كانت قيمته مساوية لدينه، أو أكثر، وإلا فبقدر قيمته.

---

(١) الشرح الكبير: ٢٣٦/ ٣.

(٢) تبيين الحقائق: ٨٣/ ٦ ومابعدها، البدائع: ١٤٧/ ٦.." (١)

"ضمانه كالعين المغصوبة ذاتها. وهذا الرأي هو المتفق مع العدالة، ومع ظروف العصر الحاضر المتجه إلى المادية، وتقويم كل الأشياء، حتى النواحي الأدبية أو الذهنية.

٤ ـ غصب غير المتقوم: قال الحنفية (١): لا يضمن الغاصب خمر المسلم أو خنزيره إذا غصبه وهلك في يده أو استهلكه أو خلل الخمر، سواء أكان الغاصب مسلما أم ذميا؛ لأن الخمر ليست بمال متقوم في حق المسلم ويجب إراقتها، وكذا الخنزير غير متقوم، لكن لو قام الغاصب بتخليل خمر المسلم ثم استهلكها يضمن خلا مثلا لا خمرا؛ لأن الغصب حين وجوده لم ينعقد سببا لوجوب الضمان، فإن استهلكه فقد وجد منه **سبب الضمان**، وهو إتلاف خل مملوك للمغصوب منه، فيضمن. وكذلك يضمن الغاصب جلد الميتة إذا دبغه، ويجب عليه فقط ما زاد الدباغ فيه؛ لأنه بالدبغ صار مالا متقوما.

ويضمن المسلم أو الذمي خمر الذمي أو خنزيره إذا استهلكه؛ لأن كلا منهما مال عند أهل الذمة، فالخمر عندهم كالخل عندنا، والخنزير عندهم كالشاة عندنا؛ لأن لهم ماللمسلمين وعليهم ما على المسلمين، ونحن أمرنا بتركهم وما يدينون (٢)، وبه يقرون على بيعها. لكن تجب على المسلم قيمة الخمر، وإن كان من

---

(١) البدائع: ١٤٧/ ٧ وما بعدها، ١٦٢ وما بعدها، الدر المختار: ١٤٧/ ٥ - ١٤٩، تكملة فتح القدير: ٣٩٦/ ٧ - ٤٠٥، اللباب: ١٩٥/ ٢، تبيين الحقائق: ٢٢٢/ ٥.

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي؟ وهبة الزحيلي ٤٢٦٥/٦

(٢) هذا مروي عن علي بن أبي طالب كرم الله وجهه حيث قال: «إنما بذلوا الجزية لتكون دماؤهم كدمائنا، وأموالهم كأموالنا». «وأمرنا بتركهم وما يدينون» (نصب الراية: ٣٦٩/ ٤، تكملة فتح القدير: ٣٩٨/ ٧).." (١)

"بتغير الأسعار؛ لأن **سبب الضمان** لم يتغير كما لم يتغير محل الضمان، لكن فرق المالكية بين ضمان الذات وضمان الغلة، فتضمن الأولى يوم الاستيلاء عليها، وتضمن الغلة من يوم استغلالها، وأما المتعدي: وهو غاصب المنفعة فيضمن المنفعة بمجرد فواتها على صاحبها وإن لم يستعملها.

وقال الشافعية (١): الأصح أن المعتبر في الضمان هو أقصى قيمة للمغصوب من وقت الغصب في بلد الغصب إلى وقت تعذر وجود المثل. وإذا كان المثل مفقودا عند التلف، فالأصح وجوب الأكثر قيمة من الغصب إلى التلف، سواء أكان ذلك بتغير الأسعار، أم بتغير المغصوب في نفسه.

وأما المال القيمي: فيضمن بأقصى قيمة له من يوم الغصب إلى يوم التلف.

وقال الحنابلة (٢): إن كان المغصوب من المثليات، وفقد المثل، وجبت قيمته يوم انقطاع المثل؛ لأن القيمة وجبت في الذمة حين انقطاع المثل، فقدرت القيمة حينئذ كتلف المتقوم.

وإن كان المغصوب من القيميات وتلف، فالواجب القيمة أكثر ما كانت من حين الغصب إلى حين الرد، إذا كان التغير في المغصوب نفسه من كبر وصغر، وسمن وهزال، ونحوها من المعاني التي تزيد بها القيمة وتنقص؛ لأن هذه المعاني مغصوبة في الحال التي زادت فيها، والزياد ة لمالكها مضمونة على الغاصب.

وإن كانت زيادة القيمة لتغير الأسعار، لم تضمن الزيادة؛ لأن نقصان القيمة لهذا السبب لا يضمن إذا ردت العين المغصوبة بذاتها، فلا يضمن عند تلفها.

---

(١) مغني المحتاج: ٢٨٣/ ٢، المهذب: ٣٦٨/ ١، بجيرمي الخطيب: ١٣٦/ ٣، نهاية المحتاج: ١١٩/ ٤ - ١٢١.

(٢) المغني: ٢٥٧/ ٥ وما بعدها، كشاف القناع: ١١٧/ ٤.." (٢)

"١٠ - نفقة المغصوب:

تكون نفقة المغصوب أثناء غصبه على الغاصب بسبب ظلمه وتعديه، جاء في كتب المالكية (١): وما

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي؟ وهبة الزحيلي ٤٧٩٥/٦

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي؟ وهبة الزحيلي ٤٨٠٤/٦

أنفق الغاصب على المغصوب، كعلف الدابة، وسقي الأرض وعلاجها وخدمة شجر ونحو ذلك مما لا بد للمغصوب منه، يكون في نظير الغلة التي استغلها الغاصب من يد المغصوب؛ لأنه وإن ظلم لا يظلم، فإن تساوت النفقة مع الغلة فواضح، وإن زادت النفقة على الغلة، فلا رجوع للغاصب بالزائد، كما أنه إذا كان لا غلة للمغصوب، فلا رجوع له بالنفقة لظلمه، وإن زادت الغلة على النفقة، فللمالك الرجوع على الغاصب بزائدها.

وانفرد الحنابلة (٢) بالقول كما تقدم بأن للغاصب النفقة في حال غصب أرض وزراعتها، واختيار المالك أن يكون الزرع له، وأن يدفع للغاصب نفقته، عملا بالحديث المتقدم: «من زرع في أرض قوم بغير إذنهم، فليس له من الزرع شيء، وعليه نفقته (٣)» والخيار الثاني: أن يقر المالك الزرع في الأرض إلى الحصاد، ويأخذ من الغاصب أجر الأرض وأرش نقصها.

المبحث الثاني ـ إتلاف المال وحكمه وفيه مطالب ثلاثة، وملحق به، ويبحث الإتلاف المالي عادة بعد الغصب أو معه؛ لأنه يأخذ حكمه من حيث التضمين.

المطلب الأول ـ تعريف الإتلاف وكونه سبب الضمان.

---

(١) الشرح الصغير: ٥٩٨/ ٣.

(٢) المغني والشرح الكبير: ٣٩٢/ ٥.

(٣) أخرجه أبو داود والترمذي، وقال: حديث حسن.." (١)

"المطلب الثاني ـ شروط إيجاب الضمان بالإتلاف.

المطلب الثالث ـ كيفية الضمان أو ماهيته.

وأبدأ ببحث كل منها فيما يأتي:

المطلب الأول ـ تعريف الإتلاف وكونه سبب الضمان:

الإتلاف (١): هو إخراج الشيء من أن يكون منتفعا به منفعة مطلوبة منه عادة (٢) وهو سبب موجب للضمان؛ لأنه اعتداء وإضرار، والله تعالى يقول: ﴿فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم﴾ [البقرة:١٩٤/ ٢] وقال عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار في الإسلام» وإذا وجب الضمان بالغصب

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي؟ وهبة الزحيلي ٤٨٢٤/٦

فبالإتلاف أولى؛ لأنه اعتداء وإضرار محض.

ولا فرق بين أن يقع الإتلاف مباشرة: وهو إلحاق الضرر من غير واسطة بمحل التلف، أو تسببا: وهو ارتكاب فعل في محل يفضي إلى تلف غيره.

كما لا فرق في ضمان الإتلاف بين العمد والخطأ، ولا بين وجود البلوغ أو التمييز أو عدمه، فالمتلف عمدا أو خطأ ضامن باتفاق المذاهب الأربعة، والكبير أو الصغير أو الم جنون أوالنائم المتلف ضامن أيضا عند جمهور الفقهاء. وفرق المالكية بين الصبي المميز وغيره، فيغرم المميز ما أتلفه إن كان له مال، فإن لم يكن له مال

---

(١) الإتلاف والإفساد والاستهلاك لها معان متقاربة في اصطلاح الفقهاء. وهي تدخل تحت مدلول أعم وهو الضرر: وهو إلحاق مفسدة بالآخرين، أو كل نقص يدخل على الأعيان.

(٢) البدائع: ١٦٤/ ٧. اتبع به.." (١)

"مراحل طلب الشفعة: يبدأ الشفيع بطلب الشفعة عند الحنفية كما يلي:

١ - طلب المواثبة: أي المبادرة والسرعة، وهو أن يطلب الشفيع في مجلس علمه بالبيع الأخذ بالشفعة، بلفظ يفهم منه طلبها مثل: أطلب الشفعة أو أنا طالبها، أو أنا شفيع المبيع وأطلبه بالشفعة ونحوه (١)، لقوله صلى الله عليه وسلم: «الشفعة لمن واثبها» (٢) ولا يلزم الإشهاد من الشفيع على هذا الطلب، وإنما هو أفضل، لمخافة جحود أو إنكار الخصم (المشتري) الطلب في ساحة القضاء. فالمعتبر هو الطلب، وإنما الإشهاد ليثبت الطلب بالشهادة عند الإنكار، كالطلب والإشهاد لهدم الحائط المائل، لا يشترط الإشهاد للضمان، وإنما لإثبات **سبب الضمان**.

ويلاحظ أن أصح الروايتين عند الحنفية: هو بقاء الحق في الطلب ما دام الشفيع في مجلس العلم بالبيع، مهما امتد.

والأظهر عند الشافعية كما تقدم أن هذا الطلب على الفور.

وكذلك قال الحنابلة: الشفعة بالمو ا ثبة ساعة العلم بالبيع أي على الفور.

وأما المالكية: فوقت الطلب عندهم كما تبين على التراخي، لمدة سنة، على أشهر أقوال مالك.

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي؟ وهبة الزحيلي ٤٨٢٥/٦

٢ – طلب التقرير: وهو أن يتقدم الشفيع بطلب آخر يؤكد به طلبه الأول. إذ قد يكون الطلب الأول عن رغبة عارضة من الشفيع، ثم يتبين أمره وظروفه وإمكاناته المادية، فلا بد من هذا الطلب لتأكيد وتقرير الطلب الأول (٣).

---

(١) م (١٠٢٩) مجلة.

(٢) رواه الفقهاء في كتبهم، وهو كما قال الزيلعي عنه: غريب، وأخرجه عبد الرزاق من قول شريح: «إنما الشفعة لمن واثبها» فهو أثر، وليس بحديث (نصب الراية: ١٧٦/ ٤).

(٣) البدائع: ١٨/ ٥ – ١٩، تكملة الفتح: ٤١٩/ ٧ ومابعدها، الدر المختار ورد المحتار: ١٥٨/ ٥، تبيين الحقائق: ٢٤٣/ ٥ ومابعدها، اللباب: ١٠٨/ ٢ – ١٠٩، م (١٠٢٠) مجلة.." [1]

"رابعا ـ ضمان المتسبب والمباشر معا: يضمن المتسبب والمباشر بالاشتراك معا إذا تساوى أو تعادل أثرهما في الفعل الذي يترتب عليه إحداث الضرر. وعلى حد تعبير الحنفية والشافعية: يضمن المتسبب مع المباشر إذا كان للسبب تأثير يعمل بانفراده في الإتلاف متى انفرد عن المباشرة. أي أن اشتراك المتسبب مع المباشرة في الضمان مشروط عندهم بأن يكون السبب مما يعمل بانفراده. وعند المالكية والحنابلة (١) مشروط بأن تكون المباشرة مبنية على السبب وناشئة عنه، بحيث لو تخلفت السببية لزالت علة الإتلاف كاشتراك المكره والمستكره في القصاص والضمان، واشتراك الممسك مع القاتل في رواية عند الحنابلة، وفي الرواية الأخرى: يختص المباشر بالعقوبة، ويحبس الممسك حتى يموت، وكما لو دل الوديع لصا على الوديعة فسرقها.

وأمثلة الحنفية هي ما يأتي (٢):

ـ لو اجتمع على قيادة الدابة سائق وراكب، أوقائد وسائق (٣)،فالضمان عليهما؛ لأن سوق الدابة يؤدي إلى التلف، وإن لم يكن هناك شخص راكب عليها. وقائد قطار الإبل والسائق سواء في الضمان؛ لأن على القائد الحفظ كالسائق، فيصير متعديا بالتقصير فيه، والتسبب بوصف التعدي **سبب الضمان**. لكن ضمان النفس على العاقلة، وضمان المال في مال المتعدي كما تقدم.

---

(١) تبيين الحقائق: ١٥٠/ ٦، رد المحتار: ٤٢٨/ ٥، أشباه ابن نجيم: ٧٨/ ٢، الفروق: ٣١/ ٤، القواعد

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي؟ وهبة الزحيلي ٤٩٢٥/٦

لابن رجب: ص ٢٨٥.

(٢) الدر المختار: ٤٢٨/ ٥، تكملة فتح القدير: ٣٥٤/ ٨، تبيين الحقائق: المكان السابق، المبسوط: ٢/ ٢٧ وما بعدها، البدائع: ٢٨٠/ ٧، اللباب شرح الكتاب: ١٦٤/ ٣.

(٣) القود: أن يكون الرجل أمام الدابة آخذا بقيادتها. والسوق: أن يكون خلفها.." (١)

"أ. إن لم يطالب بنقضه، حتى سقط على إنسان، فقتله، أو على مال فأتلفه، فلا ضمان؛ لأنه بناه في ملكه، والميل حادث بغير فعله، فأشبه ما لو وقع قبل ميله، كثوب ألقته الريح في يده، فما تولد منه، لا يؤاخذ به.

ب. وأما إن طولب بنقضه، فلم يفعل، ثم سقط بعدئذ يمكنه فيها نقضه، فهو ضامن ما تلف به من نفس أو مال؛ لأنه حينئذ يصبح متعديا، كما لو امتنع عن تسليم (أو رد) ثوب ألقت به الريح في دار إنسان، وطولب به، فهلك، يضمن. ولأن للناس حق المرور دون ضرر، وليس لأحد منعهم منه.

أما إذا لم يفرط في نقضه، وذهب حتى يستأجر عاملا يهدمه، فسقط، فأفسد شيئا، فلا شيء عليه؛ لأن الواجب عليه فقط إزالة الضرر بقدر الإمكان.

والمطالبة بالنقض أو الإصلاح هو المعروف بشرط التقدم، والتقدم: هو التنبيه والتوصية أولا بدفع وإزالة مضرة مظنونة (م ٨٨٩ مجلة).

الإشهاد على المطالبة بالنقض: لا يشترط الإشهاد لصحة التقدم أو المطالبة بالإصلاح، وإنما الإشهاد كما قال الحنفية أمر ضروري لإثبات **سبب الضمان** أي لإثبات حصول الطلب عند القاضي والإلزام بالضمان عند الإنكار. فلو اعترف صاحب الدار أنه طولب بنقض الجدار، وجب عليه الضمان، وإن لم يشهد عليه. معنى الإشهاد: الإشهاد هو أن يقول الرجل: «اشهدوا أني قد تقدمت إلى هذا الرجل في هدم حائطه هذا» أي أن المعتبر هو المطالبة بالهدم (١). وتعتبر شهادة رجلين أو رجل وامرأتين على التقدم، أي المطالبة.

---

(١) راجع هذا وما يأتي بعده في البدائع: ٢٨٤/ ٧، تكملة الفتح: ٣٤٢/ ٨، الدر المختار: ٤٢٥/ ٥.." (٢)

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي؟ وهبة الزحيلي ٥٧٨٧/٧

(٢) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي؟ وهبة الزحيلي ٥٧٩٣/٧

"الأربعة على الراجح عند بعضهم، لإقرارهم على أنفسهم **بسبب الضمان**، فهم قد أخرجوا المال من يد المشهود عليه بغير حق، ويوزع الضمان بينهم، ولا ضمان عليهم إذا كان المشهود عليه قد استوفى عوضا عما أتلف عليه. وإذا كانت الشهادة على حد زنا مثلا، ثم رجع الشهود كلهم أو بعضهم، فيقام عليهم حد القذف (١). وتطبيقات هذه القاعدة تعرف عند الحنفية في المسائل الآتية (٢):

. إذا شهد شاهدان على رجل بمال، وقضى القاضي به، وسلم المدعى عليه المال إلى المدعي، ثم رجع الشاهدان: ضمنا المال بينهما نصفين. ولو رجع أحدهما، غرم نصف المال، وبقي النصف الآخر ببقاء شاهد. ودليل الضمان أن الشاهدين تسببا بإتلاف مال المشهود عليه تعديا، والتسبب **سبب الضمان**.

. لو كان الشهود أربعة، فرجع اثنان أو واحد منهم: فلا ضمان عليه، لبقاء المال للمشهود له ببقاء الشاهدين. ولو رجع منهم ثلاثة يلزمهم نصف المال المشهود عليه. لبقاء النصف، أي أنه ببقاء أحدهما يبقى نصف الحق عند الحنفية والشافعية. وأما عند الحنابلة: فيغرم الشاهد الذي رجع بقدر نسبته إلى عدد الشهود، فإن كانوا ثلاثة فرجع واحد، فعليه الثلث، وإن كانوا عشرة فعليه العشر.

. وإن شهد رجل وامرأتان على مال، فرجعت امرأة: غرمت ربع المال، ولو رجعتا غرمتا نصف المال، لبقاء نصف الحق ببقاء رجل، ومن المعلوم أن المرأتين بمنزلة رجل واحد في الشهادات. وكذا يغرم الرجل نصف المال، إن رجع وبقيت المرأتان.

---

(١) المبسوط: ١٧٧/ ١٦، ٢/ ١٧، ٨، ١٦، فتح القدير: ٨٥/ ٦ وما بعدها، البدائع: ٢٨٣/ ٦ وما بعدها، الدر المختار: ٤١٢/ ٤ وما بعدها، اللباب شرح الكتاب: ٧٢/ ٤ وما بعدها، مجمع الضمانات: ص ٣٥٩ وما بعدها، الشرح الكبير للدردير: ٢٠٧/ ٤، مغني المحتاج: ٤٥٦/ ٤ وما بعدها، المهذب: ٣٤٠/ ٢، المغني: ٢٤٨/ ٩ وما بعدها.

(٢) مراجع الحنفية السابقة.." (١)

"غصبا): فالقول قول المقر مع يمينه؛ لأن المقر ما أقر **بسبب الضمان** وهو الأخذ أو القبض، بخلاف ما سبق (١).

الاستثناء في الإقرار: إن استثناء بعض ما دخل في المستثنى منه جائز بغير خلاف، فهو ثابت في لغة

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي؟ وهبة الزحيلي ٦٠٥٢/٨

العرب، وورد في الكتاب والسنة، قال الله تعالى: ﴿فلبث فيهم ألف سنة إلا خمسين عاما﴾ [العنكبوت:٢٩/ ١٤] وقال: ﴿فسجد الملائكة كلهم أجمعون إلا إبليس﴾ [الحجر:١٥/ ٣٠] وقال النبي صلى الله عليه وسلم في الشهيد: «يكفر عنه خطاياه كلها إلا الدين» (٢).

فإذا أقر رجل بشيء واستثنى منه، كان مقرا بالباقي بعد الاستثناء، فإذا قال: (له علي مئة إلا عشرة) كان مقرا بتسعين، ولذا قال في تعريف الاستثناء: إنه تكلم بالباقي بعد الثنيا (٣).

ولا يصح الاستثناء إلا أن يكون متصلا بالكلام السابق، بأن يتصل المستثنى بالمستثنى منه بحيث يعد معه كلاما واحدا عرفا، فلا يصح الفصل بسكوت طويل وكلام أجنبي؛ لأن الاستثناء مغاير لما قبله، ولايضر الفصل اليسير لعارض كسكتة تنفس أو عي أو تذكر أو انقطاع صوت أو سعال أو عطاس، ويصح استثناء القليل من الكثير اتفاقا، كما يصح عند الحنفية فقط استثناء الكثير من القليل في ظاهر الرواية. ولايصح استثناء الكل من الكل بغير خلاف؛ لأن الاستثناء رفع بعض

---

(١) راجع البدائع: ٢١٧/ ٧ وما بعدها، المبسوط: ١٢٦/ ١٨، مختصر الطحاوي: ص ١١٥، مجمع الضمانات: ص ٣٧٦.

(٢) هذا مأخوذ من مفهوم حديث طويل رواه مسلم والترمذي والنسائي عن أنس، وأخرج مسلم عن عبد الله بن عمرو أن رسول الله صلى الله عليه وسلم قال: «القتل في سبيل الله يكفر كل شيء إلا الدين» (التاج الجامع للأصول: ٢٩٧/ ٤، الإلمام: ص ٤٨٣).

(٣) بضم فسكون فألف مقصورة في آخره: اسم من الاستثناء.." [1]

"الموعود السبب ونفذه. مثل: اشتر سلعة أو تزوج امرأة، وأنا أسلفك، فإذا تزوج فعلا وجب عليه إقراضه. أما مجرد الوعد فلا يلزم الوفاء به، بل الوفاء به من مكارم الأخلاق.

والذي استقر عليه القضاء المصري الآن: ما قررته محكمة النقض سنة (١٩٣٩م) وهو ما يلي:

١ - الخطبة ليست بعقد ملزم.

٢ - مجرد العدول عن الخطبة لا يكون سببا موجبا للتعويض.

٣ - إذا اقترن بالعدول عن الخطبة أفعال أخرى، ألحقت ضررا بأحد الخطيبين، جاز الحكم بالتعويض على أساس المسؤولية التقصيرية، أي الخطأ الذي سبب ضررا بالغير.

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي؟ وهبة الزحيلي ٦١٠٩/٨

وهذا يتفق مع قواعد الشريعة الإسلامية، وعلى هذا يفرق بين حالتين:

الأولى ـ إذا كان للعادل دخل في الضرر الذي لحق الآخر بسبب عدوله، كأن يطلب الخاطب إعداد جهاز خاص، أو يطلب من المخطوبة ترك وظيفتها، فتتركها بناء على رغبته، أو تطلب المخطوبة إعداد الخاطب مسكنا خاصا، فيجوز الحكم بالتعويض عن الضرر لعدوله عن الخطبة، لتسبب العادل في الضرر وتغريره الطرف الآخر.

الثانية ـ ألا يكون للعادل دخل في الضرر الذي لحق الطرف الآخر بسبب العدول، فلا يحكم بالتعويض على العادل، إذ لم يوجد منه سبب الضمان من ضرر أو تغرير.." (١)

""وإن قال أحدهم: قد عجزت، وألقى بيديه فإن لأصحابه أن يستعملوه فيما يطيق من العمل، ويتعاونون بذلك في كتابتهم" يعني سواء دفع أقل أو أكثر؛ لأن المال مطلوب من كل واحد منهم بعينه، مقابله أصالة، وقيمة غيره بسبب الضمان، يعني لو أن شخصا باع سيارة على شخص آجل، نسيئة، يكون مدينا له، وإذا ضمن المال شخص آخر عليه فإن صاحب السلعة الدائن له أن يطالب الضامن، وله أن يطالب الأصيل، المدين الأصلي له أن يطالبه، وله أن يطالب الضامن؛ لأنه ضمن المال، وهكذا في الكتابة "ويتعاونون بذلك في كتابتهم، حتى يعتق بعتقهم" يعتقون جميعا؛ لأن الصفقة حصلت جميع، فينفك العقد بانفكاك الجميع، ويرق برقهم إن رقوا، يعني إن اجتمعوا كلهم وقالوا: عجزنا نعم يرق برقهم، لكن لو أن أربعة قالوا: عجزنا، وواحد قال: أنا عندي استعداد، أنا مستعد، يلزمهم ويستعملهم كما لو استعمل الواحد، لو عجز الواحد يستعمل هؤلاء الأربعة، ويعتقون بعتقه، ويرقون برقه؟ أو نقول: إن الحكم للغالب؟ نعم هو ضامن، وهو مطالب بالمبلغ كله في حال الضمان، وإذا عجز نعم بإمكانه أن يقول: عجزت ويرقون كلهم، وإذا كان عنده استعداد أن يوفي دين الكتابة، ولو باستعمالهم بما لا يشق عليهم، فهو ضامن لهم، كما أنهم ضامنون له.

"قال مالك: الأمر المجتمع عليه عندنا أن العبد إذا كاتبه سيده لم ينبغ لسيده أن يتحمل له بكتابة عبده أحد إن مات العبد أو عجز، وليس هذا من سنة المسلمين" يعني هل للسيد أن يقول: هات من يضمنك؟ هل له وإلا ليس له ذلك؟ ليس له ذلك؛ لأن أصل العقد غير ملزم، فيكف يلزم بغير لازم؟ لأن له أن يقول في أي لحظة يقول: عجزت، ويعود رقيق.

"إن مات العبد أو عجز، وليس هذا من سنة المسلمين، وذلك أنه إن تحمل رجل لسيد المكاتب بما عليه

---

(١) الفقه الإسلامي وأدلته للزحيلي؟ وهبة الزحيلي ٦٥١٢/٩

من كتابته، ثم اتبع ذلك سيد المكاتب قبل الذي تحمل له أخذ ماله باطلا" ما الذي استفاده الضامن؟ لا هو ابتاع المكاتب، يقول: ما اشتريت المكاتب على شان تأخذ مني قيمة، فيكون ما أخذ منه من ثمن شيء هو له، يعني هذا الضامن على أي أساس يغرم؟ نعم؟

طالب:. . . . ." (١)

"حكم الاحتفاظ باللقطة ووضعها في صندوق الزكاة بغير تعريف

ﻒ.[وجدت مبلغا من المال قيمته ٧٠ جنيها من ١٠ أيام بجوار عمارات سكنية ولم أبلغ عنه لمعرفة صاحبه وبعد مرور المدة المذكورة أعلاه، قررت أن أودعها فى صندوق الزكاة بالمسجد فهل ما فعلته صحيح أم خطأ، وهل أنا أذنبت، فأرجو إفادتي؟].

^الحمد لله والصلاة والسلام على رسول الله وعلى آله وصحبه، أما بعد:

فاللقطة إن كانت ذات بال فإنه يجب على ملتقطها تعريفها سنة في مظان وجود صاحبها، فإن كانت اللقطة فوق التافه ولكنها دون الكثير الذي له بال، فيكفي في تعريفها أن تعرف أياما حتى يغلب على الظن أن صاحبها تركها، جاء في حاشية الدسوقي على الشرح الكبير في أحكام اللقطة ما يلي: (وجب (تعريفه) أي الملتقط (سنة) كاملة من يوم الالتقاط فإن أخره سنة، ثم عرفه فهلك ضمن (ولو) كان الملتقط (كدلو) ودينار ودراهم كصرفه فأقل لأنها ليست من التافه، لكن الراجح أنها، وإن كانت فوق التافه إلا أنها دون الكثير الذي له بال فتعرف أياما عند الأكثر بمظان طلبها لا سنة) .

وأما وضع اللقطة في صندوق الزكاة بالمسجد فيعد تفريطا من الملتقط لأنه دفعها إلى غير مالكها، وبالتالي فهو ضامن جاء في المبسوط: ثم الملتقط أمين ويصير بالدفع إلى غير المالك ضامنا فيكون له أن يتحرز عن اكتساب **سبب الضمان** بأن لا يدفع إليه حتى يقيم البينة فيثبت استحقاقه بحجة حكمية.

فالمطلوب منه الآن أن يعرف بها فإذا جاء صاحبها أخبره بالأمر، فإن أجاز فعله وإلا دفعها إليه، واحتسب ما وضعه في صندوق الزكاة صدقة منه.

---

(١) شرح الموطأ - عبد الكريم الخضير؟ عبد الكريم الخضير ٤/١٤٩

والله أعلم.

١٧ صفر ١٤٢٨." (١)

(١) فتاوى الشبكة الإسلامية؟ مجموعة من المؤلفين ١٢/٧٩٧٣